

ICCA

INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION

PANDUAN ICCA MENGENAI INTERPRETASI KONVENSI NEW YORK 1958

Dengan bantuan dari Permanent Court of Arbitration
Peace Palace - Den Haag



Diterjemahkan oleh:
Vulkania Nesya Almandine, Raditya Pratamandika,
Rahmi Siti Aulianti, Ridovi Kemal, dan Priyanka Tobing

**INTERNATIONAL COUNCIL
FOR COMMERCIAL ARBITRATION**

PANDUAN ICCA MENGENAI INTERPRETASI KONVENSI
NEW YORK 1958:

BUKU PEGANGAN PARA HAKIM

Published by the International Council for Commercial Arbitration
<www.arbitration-icca.org>

ADVANCE COPY

All rights reserved.

© 2013 International Council for Commercial Arbitration

© International Council for Commercial Arbitration (ICCA). All rights reserved. The International Council for Commercial Arbitration (ICCA) wishes to encourage the use of this Guide for teaching purposes and for the promotion of arbitration. Accordingly, it is permitted to reproduce or copy this Guide, provided that the Guide is reproduced accurately, without alteration and in a non-misleading context, and provided that ICCA's authorship and copyright are clearly acknowledged.

For further information, please contact us at icca@pca-cpa.org.

Terjemahan Panduan ICCA mengenai Interpretasi Konvensi New York 1958 ini tersedia berkat dukungan KarimSyah Law Firm, Jakarta, Indonesia. Isi dari Panduan ini merupakan tanggung jawab penulis, dan tidak mencerminkan pandangan dari KarimSyah Law Firm.

This translation of the ICCA's Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention is made possible by the generous support of KarimSyah Law Firm, Jakarta, Indonesia. The contents are the responsibility of the authors and do not reflect the views of KarimSyah Law Firm.

PRAKATA OLEH PROFESSOR PIETER SANDERS SEBAGAI EDITOR UTAMA KEHORMATAN

Konvensi New York 1985 adalah instrumen multilateral paling sukses dalam bidang hukum perdagangan internasional. Konvensi ini merupakan bagian utama dari kumpulan mosaik perjanjian dan peraturan-peraturan arbitrase yang menjamin diakuinya putusan-putusan arbitrase dan perjanjian-perjanjian arbitrase. Pengadilan-pengadilan di seluruh dunia telah menerapkan dan menafsirkan Konvensi ini selama lebih dari lima puluh tahun, dalam sebuah tatanan yang semakin menyatu dan harmonis.

Saya terlibat pada tahun 1958 dalam penyusunan Konvensi ini sebagai delegasi dari Belanda. Kami memulai pekerjaan kami dalam sebuah draft yang pada awalnya disusun oleh International Chamber of Commerce (ICC) pada tahun 1955. Draft ICC tersebut memuat aturan mengenai pelaksanaan putusan “internasional”. Draft tersebut diberikan kepada Dewan Ekonomi Sosial dan Budaya Perserikatan Bangsa-bangsa (ECOSOC). ECOSOC kemudian mengubah draft tersebut dengan memasukan istilah putusan “asing”. Inilah draft yang dibahas dalam Konferensi sejak tanggal 20 Mei hingga 10 Juni 1958.

Perubahan dan tambahan-tambahan diterapkan pada draft, yang berujung pada suatu dokumen yang dikenal dengan “proposal Belanda”. Salah satu perubahan adalah penghapusan persyaratan *exequatur* ganda, sehingga memungkinkan untuk memberikan sebuah putusan untuk dilaksanakan tanpa harus terlebih dahulu mendapatkan keterangan mengenai kemungkinan pelaksanaan dari pengadilan di negara tempat putusan tersebut dikeluarkan. Perubahan lainnya adalah pembatasan dasar-dasar penolakan putusan menjadi tujuh dasar yang terdaftar pada Pasal V dan pergeseran beban pembuktian dasar-dasar tersebut kepada pihak yang menghendaki pembatalan pelaksanaan. Tujuh dasar yang

dikemukakan dalam Konvensi menjadi dasar eksklusif untuk penolakan. Beban pembuktian bagi pihak yang melawan pelaksanaan dan dasar-dasar yang wajib dipenuhi untuk penolakan sekarang diakui sebagai pokok-pokok utama dari Konvensi.

Pasal II dari Konvensi ditambahkan di tahap akhir penyusunan, yang pula merupakan imbas dari Proposal Belanda. Draft tersebut mengatur bahwa pengadilan harus mengacu pada arbitrase saat suatu pihak menunjukkan suatu perjanjian yang sah. Draft penyusunan hanya mengatur soal pelaksanaan putusan arbitrase asing. Termasuk ketentuan mengenai pelaksanaan perjanjian arbitrase yang lebih efisien daripada regulasi yang pernah ada dalam dua instrumen: Protokol Jenewa mengenai Klausula Arbitrase 1923 dan Konvensi Jenewa mengenai Eksekusi Putusan Arbitrase Asing 1927.

Agar penerapan Konvensi New York dapat lebih seragam dan harmonis, diperlukan sistem pelaporan kasus yang efektif di seluruh dunia. Inilah mengapa publikasi ICCA *Yearbook Commercial Arbitration* dimulai pada tahun 1976. Saya merupakan Editor Utamanya. Sejak itu, tiga puluh lima volume telah diterbitkan. *Yearbook* tersebut juga tersedia *online* di <www.KluwerArbitration.com>. *Yearbook* tersebut telah memberikan laporan mengenai 1.666 putusan pengadilan mengenai Konvensi New York dari 65 negara dari 145 negara yang telah mengaksesi Konvensi.

Konvensi ini memiliki pandangan ke depan. Professor Matteuci, delegasi Italia di Konferensi, menyebutnya “inovasi yang besar”. Konvensi telah teruji oleh waktu. Lebih dari lima puluh tahun kemudian, kita masih dapat menantikan adaptasi menguntungkan dari penafsiran naskahnya, yang menyesuaikan dengan teknologi dan praktek modern.

The Model Law on International Commercial Arbitration yang dikeluarkan oleh UNCITRAL (Komisi Hukum Perdagangan Internasional Perserikatan Bangsa-bangsa) tahun 1985, yang dirubah

pada 2006, telah diadopsi oleh lebih dari 70 negara dan negara-negara federal. Sebagian negara telah mengadopsi Model Law tersebut tanpa perubahan. Seraya negara-negara mengadopsi peraturan arbitrase, pengadilan dapat mendasarkan pada ketentuan-ketentuan yang lebih menguntungkan sebagaimana diatur dalam Pasal VII dari Konvensi.

Peraturan-peraturan arbitrase modern tersebut dapat juga memiliki ketentuan mengenai prosedur pelaksanaan putusan. Konvensi hanya menentukan dokumen-dokumen yang harus disampaikan kepada Pengadilan (Pasal IV) dan bahwa kondisi-kondisi memberatkan atau biaya besar yang diterapkan lebih daripada pelaksanaan putusan domestik (Pasal III). Sekretariat UNCITRAL, bersama dengan *International Bar Association*, telah mensurvey kondisi-kondisi ini dan menentukan dalam Laporannya pada 2008 bahwa “terdapat beragam solusi terhadap ketentuan prosedural berbeda yang mengatur mengenai pengakuan dan pelaksanaan putusan berdasarkan Konvensi” (*Report of the United Nations Commission on International Trade Law A/63/17 para. 353, p. 71*) dan telah merekomendasikan bahwa Sekretariat bekerja untuk mengembangkan sebuah panduan penyusunan Konvensi untuk mempromosikan penafsiran dan penerapan yang seragam. Panduan tersebut dapat mendatangkan peraturan yang serasi untuk proses pelaksanaan.

Inisiatif ICCA menyusun *Panduan ICCA mengenai Interpretasi Konvensi New York 1958: Buku Pegangan Para Hakim* menjadi tambahan dan pelengkap yang bermanfaat untuk *Yearbook ICCA*. Publikasi ini memaparkan pertanyaan-pertanyaan yang harus dijawab dan langkah-langkah yang harus diikuti oleh pengadilan dalam menerapkan Konvensi New York dengan gaya yang singkat, jelas dan langsung yang cenderung bias pro-pelaksanaan dari Konvensi. Saya berharap Panduan ini dapat menjadi sarana yang efektif untuk

menerapkan motto yang telah saya ungkapkan dalam beberapa kesempatan: *Vivat, Floreat et Crescat New York Convention 1958*.

Pieter Sanders
Schiedam, April 2011

PENDAHULUAN

Neil Kaplan

Ide untuk Panduan atas *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* (Konvensi Pengakuan dan Pelaksanaan Putusan Arbitrase Asing) ini, dibuat di New York pada 10 Juni 1958, dan dikenal sebagai Konvensi New York, pada dasarnya lahir dalam lima tahun pada awal tahun 1990-an saat saya menjadi hakim tunggal yang mengepalai Daftar Arbitrase dan Konstruksi (*Arbitration and Construction List*) Pengadilan Tinggi Hong Kong.

Sebelum menjadi hakim, saya menangani arbitrase dan Konvensi New York sebagai pengacara dalam praktek. Karena Konvensi ini berlaku di 145 negara dan penggunaan arbitrase internasional telah berkembang pesat selama 25 tahun terakhir ini, saya terpikirkan akan pada hakim di seluruh dunia yang mungkin tidak terlalu kenal dengan Konvensi dan interpretasi terkininya.

Saya merasa senang karena kekuatan saya juga dimiliki oleh beberapa rekan saya di *International Council for Commercial Arbitration* (ICCA), dan amat gembira saat mereka setuju untuk membantu penulisan Panduan ini. Professor Gabriell Kaufmann-Kohler merupakan akademisi ternama yang menduduki posisi Ketua Hukum Privat Internasional (*Chair of Private International Law*) di *University of Geneva* dan merupakan seorang arbiter internasional yang amat aktif, dengan spesialisasi, pada khususnya, dalam sengketa investasi. Beliau merupakan partner dalam firma hukum Geneva 'Levy Kaufmann-Kohler'. Professor Guido Tawil memegang posisi ketua Hukum Administrasi di *University of Buenos Aires Law School* dan beliau merupakan partner senior di firma hukum Buenos Aires 'M & M Bomchil'. Ia juga merupakan seorang arbiter berpengalaman. Kim

Rooney adalah partner Asia di kantor Hong Kong White & Case dan sekarang praktek di pengadilan Hong Kong. Marike Paulson adalah *co-author* Professor Albert Jan van den Berg dalam edisi kedua karyanya yang amat berpengaruh mengenai Konvensi New York (*The New York Arbitration Convention of 1958* (Kluwer, 1981)). Beliau merupakan konsultan dalam firma hukum Brussel 'Hanoutiau and Van den Berg'. Kami telah amat dibantu dan dibimbing oleh sebuah tim editorial yang terdiri atas Judy Freedberg, Silvia Borelli, dan Alice Siegel, ketiga-tiganya yang saat ini atau pernah bertanggungjawab atas publikasi ICCA.

Panduan ini dimaksud untuk menyediakan gambaran atas Konvensi dan memberikan panduan bagi hakim untuk menentukan penerapan Konvensi akan lingkup, interpretasi, dan aplikasinya. Publikasi ini dimaksud untuk menjadi Panduan yang ringkas, ditulis dalam bahasa biasa yang dapat menjadi *road map* untuk studi yang lebih menyeluruh, jika diperlukan. Panduan ini dirancang untuk menyediakan jawaban atas pertanyaan individual yang dapat muncul dalam tahap apapun penerapan Konvensi, dan bukan bahan referensi komprehensif. Panduan ini kami tujukan pada para hakim yang merupakan bagian integral dari berfungsinya Konvensi.

Diharapkan bahwa Konvensi ini tidak hanya menarik untuk hakim, namun juga bagi pelajar, pengajar, dan praktisi. Kami telah berusaha untuk menghindari tulisan yang terlalu bersifat akademis sebisa mungkin, namun hal ini tidak selalu tercapai. Beberapa kasus yang sering dibahas dan kontroversial yang menciptakan minat di komunitas akademis tidak penting dalam aplikasi normal Konvensi. Walaupun beberapa kasus akan direferensikan untuk menjabarkan suatu permasalahan, kami telah berusaha untuk membatasi hal ini hanya untuk prinsip yang esensial.

Kami telah membatasi pemeriksaan kami pada aspek esensial dari Konvensi. Informasi yang lebih dalam dapat ditemukan dalam karya

Professor Van den Berg pada tahun 1981 dan edisi keduanya, yang diharapkan untuk dipublikasikan pada tahun 2012. Sumber informasi lebih detail yang lain adalah ekstrak keputusan pengadilan yang mengaplikasikan Konvensi dan Komentar atas keputusan pengadilan ini yang dipublikasikan tiap tahun sejak 1976 dalam *Yearbook Commercial Arbitration ICCA*, dan bab-bab tentang aplikasi Konvensi New York di *International Handbook on Commercial Arbitration ICCA*.

Konvensi ini didasarkan pada bias pro-pelaksanaan. Konvensi ini memfasilitasi dan melindungi pelaksanaan perjanjian arbitrase dan putusan arbitrase, dan dengan demikian membatu perdagangan internasional and niaga. Konvensi memberikan cara tambahan untuk meraih keamanan komersial untuk pihak yang melakukan transaksi lintas negara.

Keberhasilan arbitrase komersial internasional modern telah dibangun di atas pilar kembar Konvensi dan UNCITRAL *Model Law on International Commercial Arbitration* pada 1985 (dan diamandemen pada tahun 2006) (untuk teks penuh, lihat **Lampiran I dan II**). Yang terakhir ini membentuk dasar bagi negara tanpa hukum arbitrase untuk mengadopsi hukum yang sudah siap pakai atau untuk menggantikan hukum yang sudah ketinggalan zaman. Yurisdiksi lain telah memberlakukan undang-undang baru, yang meskipun tidak persis dengan *Model Law*, didasarkan atasnya.

Semua ini telah memberikan kontribusi besar untuk mencapai harmonisasi hukum arbitrase internasional, yang pada gilirannya, membantu dalam mencapai prediktabilitas dan kepastian - kualitas yang diinginkan oleh komunitas bisnis internasional.

Pertumbuhan penuh dari aturan hukum, perluasan arbitrase internasional untuk menyelesaikan sengketa lintas negara dan pelaksanaan putusan arbitrase tergantung pada pengadilan nasional yang berdaulat.

Dengan demikian diharapkan bahwa Panduan ini juga akan memainkan bagian kecil dalam membantu hakim di seluruh dunia untuk berpartisipasi dalam proses harmonisasi berkelanjutan dan menggunakan Konvensi dengan cara yang konsisten dengan kalimat dan semangatnya.

Dalam Panduan ini pertama-tama kami akan menguraikan tujuan Konvensi sebagai instrumen hukum internasional, termasuk aplikasi untuk perjanjian arbitrase serta pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase tertentu (Bab I). Kami akan membahas ruang lingkup dan sifat perjanjian arbitrase dan putusan arbitrase yang berlaku atasnya. Kami akan menjelaskan sejauh mana negara dapat membatasi ruang lingkup Konvensi dengan memilih untuk membuat reservasi resiprokal dan komersial. Kami akan membahas hubungan antara Konvensi, hukum domestik dan rezim pelaksanaan hukum lainnya, dan sifat dari standar hukum yang ditetapkan Konvensi pada penandatangannya. Kami akan menjelaskan kewajiban internasional negara penandatanganan untuk mematuhi Konvensi, dan konsekuensi potensial jika hal ini tidak dilakukan (Bab I).

Kami kemudian akan menjelaskan prinsip-prinsip Konvensi yang terlibat dalam mempertimbangkan permintaan untuk pelaksanaan perjanjian arbitrase (Bab II) dan untuk pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase (Bab III) masing-masing.

Kebanyakan kasus yang didengar di hadapan pengadilan melibatkan isu-isu yang berkaitan dengan perjanjian arbitrase itu sendiri dan bukan aplikasi untuk menegakkan putusan arbitrase. Masalah yang berkaitan dengan pelaksanaan perjanjian arbitrase, dan bukan dengan pelaksanaan putusan arbitrasenya, dapat diterima oleh pengadilan secara tidak langsung. Misalnya salah satu pihak mungkin mengajukan permintaan ke pengadilan nasional untuk penunjukan arbiter dimana mekanisme yang disepakati untuk menunjuk arbiter tidak dapat dilaksanakan atau tidak ada. Dalam mempertimbangkan

yurisdiksinya untuk menunjuk arbiter, pengadilan mungkin akan diminta untuk memutuskan keabsahan dari perjanjian arbitrase yang tentu saja merupakan prasyarat untuk pengangkatan arbiter. Juga mungkin bahwa masalah ini mungkin timbul ketika pengadilan diminta untuk memberikan suatu bentuk langkah sementara dalam mendukung arbitrase.

Hakim harus menyadari isu-isu potensial ini dan diharapkan bahwa Panduan ini akan meningkatkan kesadaran itu. Di beberapa negara para praktisi mungkin jauh lebih tanggap dalam mengidentifikasi masalah dan isu-isu potensial yang timbul dalam arbitrase internasional, namun dalam beberapa yurisdiksi jumlah praktisi tersebut terbatas, yang menempatkan beban yang lebih tinggi pada hakim untuk menemukan dan fokus pada isu-isu yang relevan dengan Konvensi. Diharapkan bahwa Panduan ini akan membantu proses ini.

ICCA sangat gembira bahwa Profesor Pieter Sanders telah setuju untuk memberikan Kata Pengantar sebagai Editor Umum Kehormatan dari Panduan ini. Beliau bukan hanya seorang tokoh terkemuka di bidang arbitrase komersial internasional selama bertahun-tahun, namun juga seiring mendekati ulangtahun keseratusnya beliau merupakan satu-satunya anggota komite penyusun Konvensi yang masih hidup. Dengan demikian amatlah tepat bahwa Panduan ini diterbitkan di bawah bimbingan beliau.

Beberapa patah kata tentang ICCA

ICCA dibentuk pada bulan Mei tahun 1961 oleh sekelompok kecil ahli-ahli dan teman-teman di bidang arbitrase komersial internasional. ICCA adalah sebuah organisasi non-pemerintah yang mencakup seluruh dunia yang didedikasikan untuk mempromosikan dan mengembangkan arbitrase, konsiliasi dan bentuk lain penyelesaian sengketa internasional. Anggota-anggotanya berasal dari berbagai yurisdiksi dan semua dengan sangat terlibat dalam arbitrase

internasional sebagai penasehat, arbiter, sarjana dan anggota peradilan.

Setiap dua tahun ICCA mengadakan Kongres atau Konferensi yang merupakan salah satu peristiwa besar dalam kalender arbitrase internasional. Acara terakhir diselenggarakan pada bulan Mei 2010 di Rio de Janeiro dan menarik lebih dari 900 peserta dari seluruh dunia. Kongres ICCA berikutnya akan diselenggarakan di Singapura pada 2012.

ICCA bukanlah lembaga arbitrase; ICCA tidak mengelola arbitrase atau bertindak sebagai otoritas penunjukan. ICCA mungkin paling dikenal melalui publikasinya. Sejak tahun 1976, lebih dari 1.600 putusan pengadilan yang menerapkan Konvensi New York, dari lebih dari 60 negara, telah dilaporkan dalam *Yearbook Commercial Arbitration*. *The International Handbook on Commercial Arbitration* mengandung laporan yang terus diperbarui mengenai hukum arbitrase dan praktek dalam lebih dari 70 negara. *The ICCA Congress Series* menerbitkan makalah-makalah dari acara ICCA.

Seluruh publikasi ICCA juga tersedia secara online di <www.kluwerarbitration.com> (diperlukan berlangganan). Informasi lebih lanjut tentang ICCA dan publikasi ICCA dapat ditemukan di situs web gratisnya di <www.arbitration-icca.org>. Situs web ICCA juga menyediakan alat pencari untuk memilih keputusan pengadilan berdasarkan daftar materi.

DAFTAR ISI GABUNGAN

PRAKATA, *Professor Pieter Sanders, Editor Umum Kehormatan*

PENDAHULUAN, Neil Kaplan

DAFTAR ISI GABUNGAN

DAFTAR PERIKSA UNTUK HAKIM

GAMBARAN

BAB I

KONVENSI NEW YORK SEBAGAI INSTRUMEN HUKUM
INTERNASIONAL

I. INTERPRETASI

- I.1. Interpretasi Konvensi: Konvensi Wina
- I.2. Interpretasi yang Memihak Pengakuan dan Penegakan: Bias Pro-penegakan (*Pro-enforcement*)

II. RUANG LINGKUP MATERIAL APLIKASI

- II.1. Putusan Arbitrase
 - II.1.1. Interpretasi Otonom
 - II.1.2. Pendekatan Konflik Hukum
- II.2. Perjanjian Arbitrase

III. LINGKUP WILAYAH PENERAPAN

- III.1. Putusan Arbitrase
 - III.1.1. Putusan yang dibuat di Wilayah Negara Lain Selain Negara Di mana Pengakuan dan Penegakan dimohonkan
 - III.1.2. Putusan non-domestik
- III.2. Perjanjian Arbitrase

IV. RESERVASI

- IV.1. Resiprositas (*Pasal I (3) Kalimat Pertama*)
- IV.2. Sifat Komersial (*Pasal I (3) Kalimat Kedua*)

V. **HUBUNGAN DENGAN HUKUM DOMESTIK DAN PERJANJIAN LAINNYA (PASAL VII)**

- V.1. Hukum yang Lebih Menguntungkan
- V.2. Konvensi New York dan Perjanjian Internasional Lainnya
- V.3. Konvensi New York dan Hukum Nasional

VI. **KONSEKUENSI DARI TIDAK BERLAKUNYA KONVENSI NEW YORK**

- VI.1. Pelanggaran Konvensi New York
- VI.2. Pelanggaran Perjanjian Investasi
- VI.3. Putusan Arbitrase tidak Dipengaruhi

BAB II

PERMOHONAN EKSEKUSI PERJANJIAN ARBITRASE

I. **PENGANTAR**

II. **FITUR DASAR DARI REZIM KONVENSI MENGENAI PERJANJIAN ARBITRASE**

- II.1. Perjanjian Arbitrase diasumsikan Sah
- II.2. Pihak-Pihak dari Perjanjian Arbitrase yang Sah Harus Dirujuk ke Arbitrase
- II.3. Cara untuk “Merujuk” Pihak-Pihak ke Arbitrase
- II.4. Tidak ada Rujukan *Ex Officio*

III. **PRINSIP YANG BERLAKU UMUM**

- III.1. Arbiter Memiliki Yurisdiksi untuk Menentukan Sendiri Yurisdiksinya
- III.2. Lingkup *Judicial Review* atas Perlawanan (*Challenge*) terhadap Yurisdiksi Majelis Arbiter
- III.3. Klausula Arbitrase Pada Umumnya Tidak Terpengaruh oleh Tidak Berlakunya (*Invalidity*) Kontrak Utama
- III.4. Waktu untuk Permintaan Rujukan dalam Proses Pengadilan
- III.5. Tidak Diperlukannya Pertimbangan atas Proses Arbitrase Konkuren

IV. **PETA PANDUAN (ROAD MAP) UNTUK PASAL II**

IV.1. Apakah Perjanjian Arbitrase Jatuh di Bawah Lingkup Konvensi?

IV.2. Apakah Perjanjian Arbitrase Dibuktikan Secara Tertulis?

IV.2.1. Latar Belakang Teoretis

IV.2.2. Praktek

- (i) Klausula arbitrase yang dimasukkan dalam dokumen yang direferensikan dalam dokumen utama (isu “*incorporation by reference*”, atau penggabungan dengan referensi)
- (ii) Klausula arbitrase di dokumen kontrak tidak ditandatangani, namun kemudian dilaksanakan oleh semua pihak sesuai ketentuan-ketentuannya
 - Penawaran kontrak dikirimkan dengan klausula arbitrase dan dikonfirmasi. Namun konfirmasi mengandung reservasi atau *conditions subsequent*
 - Penawaran kontrak mengandung klausula arbitrase dikirimkan oleh satu pihak ke pihak lainnya, yang tidak memberikan jawaban namun tetap melaksanakan kontrak
- (iii) Perjanjian arbitrase terkandung dalam pertukaran komunikasi Elektronik

IV.3. Apakah Perjanjian Arbitrase Ada dan Sah Secara Substantif?

IV.3.1. Latar Belakang Teoretis

IV.3.2. Praktek

- (i) “Batal demi hukum” (*null and void*)
- (ii) “Tidak berlaku” (*inoperative*)
- (iii) “Tidak dapat diberlakukan” (*incapable of being performed*)
 - Di mana rujukan kepada arbitrase opsional
 - Di mana kontrak merujuk pada arbitrase dan yurisdiksi pengadilan
 - Di mana peraturan arbitrase atau institusi arbitrase ditunjuk dengan salah (*inaccurately*)

- Di mana tidak ada indikasi apapun mengenai bagaimana arbitrator akan ditunjuk (“*blank clauses*”)
- IV.4. Apakah Ada Sengketa, Apakah Sengketa Muncul dari Hubungan Hukum yang Jelas, Baik Kontraktual maupun Bukan, dan Apakah merupakan Kehendak dari Para Pihak untuk Menyelesaikan Sengketa Terkait melalui Arbitrase?
 - IV.4.1. Latar Belakang Teoretis
 - IV.4.2. Praktek
 - (i) Apakah bahasa (*language*) dalam klausa arbitrase seharusnya diartikan secara luas?
 - (ii) Bagaimana jika perjanjian arbitrase mengandung beberapa pengecualian atas ruang lingkungannya?
- IV.5. Apakah Perjanjian Arbitrase Mengikat pada Pihak-Pihak yang Berperkara di Depan Pengadilan?
 - IV.5.1. Latar Belakang Teoretis
 - (i) Perjanjian arbitrase hanya mengikat para pihaknya
 - (ii) Non-penandatanganan (*non-signatories*) juga dapat menjadi pihak dalam perjanjian arbitrase
 - (iii) Bagaimana cara menentukan lingkup subyektif perjanjian arbitrase
 - IV.5.2. Praktek
 - (i) Kapan tepatnya tergugat memiliki hak untuk dirujuk ke arbitrase?
 - (ii) Bagaimana jika pengadilan menetapkan bahwa tergugat tidak terikat pada perjanjian arbitrase?
- IV.6. Apakah atas Sengketa Tertentu Ini Dapat Diselesaikan Melalui Arbitrase?
 - IV.6.1. Pokok Masalah yang “Dapat Diselesaikan melalui Arbitrase” berarti “dapat Diarbitrasekan (*Arbitrable*)”?
 - IV.6.2. Hukum yang Berlaku atas Penetapan Kemampuan Diarbitrasekan

- IV.6.3. Perjanjian Arbitrase Internasional Harus Tunduk kepada Standar Konsisten Kemampuan Diarbitrasekan

V. RINGKASAN

BAB III

PERMINTAAN UNTUK PENGAKUAN DAN PELAKSANAAN PUTUSAN ARBITRASE

I. PENDAHULUAN

II. TAHAP I - PERSYARATAN YANG HARUS DIPENUHI OLEH PEMOHON (PASAL IV)

- II.1. Dokumen Apa Saja?
- II.2. Putusan Arbitrase Otentik atau Salinan yang Sah (*Pasal IV (1) (a)*)
 - II.2.1. Otentikasi
 - II.2.2. Sertifikasi
- II.3. Perjanjian Arbitrase Asli atau Salinan yang Sah (*Pasal IV (1) (b)*)
- II.4. Pada Waktu Permohonan
- II.5. Terjemahan (*Pasal IV (2)*)

III. TAHAP II - ALASAN UNTUK PENOLAKAN (PASAL V) - UMUM

- III.1. Tidak ada Peninjauan Ulang Substansi
- III.2. Beban bagi Tergugat untuk Membuktikan Alasan yang Dibatasi
- III.3. Alasan Terbatas untuk Penolakan Pengakuan dan Pelaksanaan
- III.4. Interpretasi Sempit Alasan untuk Penolakan
- III.5. Kuasa Diskresioner yang Terbatas untuk Melaksanakan dengan Adanya Alasan untuk Penolakan

IV. ALASAN UNTUK PENOLAKAN HARUS DIBUKTIKAN OLEH TERGUGAT (PASAL V (1))

- IV.1. Alasan 1: Ketidakmampuan Pihak dan Tidak Berlakunya Perjanjian Arbitrase (*Pasal V(1)(a)*)
 - IV.1.1. Ketidakmampuan Pihak
 - IV.1.2. Tidak Berlakunya Perjanjian Arbitrase

- IV.2. Alasan 2: Kurangnya Pemberitahuan dan Pelanggaran Proses Hukum; Hak atas Pemeriksaan yang Adil (*Pasal V(1)(b)*)
- IV.2.1. Hak atas Pemeriksaan yang Adil
- IV.2.2. Kurangnya Pemberitahuan
- IV.2.3. Pelanggaran Proses Hukum: “Tidak dapat Menyampaikan Pendapat”
- IV.3. Alasan 3: Di luar atau Melebihi Lingkup Perjanjian Arbitrase (*Pasal V(1)(c)*)
- IV.4. Alasan 4: Penyimpangan dalam Komposisi Majelis Arbiter atau Prosedur Arbitrase (*Pasal V(1)(d)*)
- IV.4.1. Komposisi Majelis Arbiter
- IV.4.2. Prosedur Arbitrase
- IV.5. Alasan 5: Putusan Arbitrase Tidak Mengikat, Disampingkan atau Ditangguhkan
- IV.5.1. Putusan Arbitrase Belum Mengikat
- IV.5.2. Putusan Arbitrase Dikesampingkan atau Ditangguhkan
- (i) Putusan arbitrase dikesampingkan
- (ii) Konsekuensi dari dikesampingkannya putusan arbitrase
- (iii) Putusan arbitrase “ditangguhkan”
- V. ALASAN UNTUK PENOLAKAN DIANGKAT OLEH PENGADILAN EX OFFICIO (PASAL V(2))**
- V.1. Alasan 6: Tidak dapat Diselesaikan melalui arbitrase (*Pasal V(2)(a)*)
- V.2. Alasan 7: Berlawanan dengan Kepentingan Umum (*Pasal V(2)(b)*)
- V.2.1. Contoh Pengakuan dan Pelaksanaan
- V.2.2. Contoh Penolakan Pengakuan dan Pelaksanaan
- VI. KESIMPULAN**

DAFTAR PERIKSA BAGI HAKIM UNTUK BEKERJA DENGAN KONVENSI NEW YORK

Daftar periksa ini menetapkan pertanyaan untuk dijawab dan langkah-langkah yang harus diikuti oleh pengadilan ketika menerapkan Konvensi New York. Daftar ini tidak lengkap dan dimaksudkan untuk digunakan bersama dengan teks dari Panduan.

I. Penerapan Konvensi

Tentang apakah konvensi ini?

- Pengakuan dan pelaksanaan perjanjian arbitrase (Pasal I dan II)
- Pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase (Pasal I, III, VII)

Bagaimana seharusnya pengadilan menafsirkan Konvensi?

- Konvensi Wina (*Vienna Convention*) Pasal 31 dan 32
- Interpretasi yang mendukung pengakuan dan pelaksanaan
- Pasal VII memungkinkan penerapan perjanjian yang lebih menguntungkan atau hukum domestik
- Non-aplikasi melibatkan tanggung jawab internasional Negara

II. Permintaan untuk pengakuan dan pelaksanaan perjanjian arbitrase (Pasal I dan II)

Apakah Konvensi berlaku untuk permintaan ini?

- Apakah Negara forum merupakan pihak dalam Konvensi New York? (Pasal I)

Tanggal mulai berlakunya?

Reservasi resiprokal?

Reservasi komersial?

- Apakah Negara forum memiliki undang-undang penerapan dan apakah hal tersebut mempengaruhi penerapan Konvensi?
- Bisakah Konvensi berlaku terhadap tindakan tambahan untuk arbitrase?

Contoh:

- Penunjukan arbiter?
- Permintaan tindakan penyitaan (*conservatory measures*)?

Apakah perjanjian arbitrase termasuk dalam ruang lingkup substantif dari Konvensi? (Pasal II)

- Apakah perjanjian arbitrase dapat dibuktikan secara tertulis? (Pasal II (2))

Contoh:

- Apakah perjanjian arbitrase diinkorporasikan melalui referensi?
- Apakah perjanjian arbitrase telah dengan implisit diterima?

- Apakah perjanjian arbitrase itu ada dan apakah perjanjian tersebut sah secara substantif? (Pasal II (3))

Batal demi hukum?

Tidak berlaku?

Tidak dapat diberlakukan?

- Apakah ada sengketa?
- Apakah sengketa timbul dari hubungan hukum yang ditetapkan, baik kontraktual atau tidak? (Pasal II (1))
- Apakah para pihak berniat untuk menyelesaikan sengketa tertentu dengan arbitrase?
- Apakah perjanjian arbitrase mengikat para pihak yang bersengketa di depan pengadilan?
- Apakah sengketa ini merupakan sengketa yang dapat diselesaikan oleh arbitrase?

Apakah perjanjian arbitrase termasuk dalam ruang lingkup teritorial Konvensi? (Pasal I dengan analogi)

- Apakah tempat arbitrase (*arbitral seat*) di suatu Negara asing?
- Apakah putusan arbitrase yang akan dikeluarkan akan dianggap sebagai putusan non-domestik dalam negara forum?
- Apakah ada unsur internasionalitas?

Apakah elemen prosedural dipenuhi?

Contoh:

- Apakah suatu pihak meminta rujukan ke arbitrase (tanpa rujukan *ex officio*)?
- Apakah proses yang dipermasalahkan memenuhi syarat sebagai arbitrase?
- Apakah pihak pemohon memenuhi langkah-langkah awal?

Contoh:

- Masa tenang?
- Mediasi / konsiliasi?
- Apakah pihak pemohon telah melepaskan haknya untuk arbitrase?
- Apakah ada keputusan pengadilan lain tentang masalah yang sama yang *res judicata*?

Hukum apa yang dapat diterapkan?

Contoh:

- Pembentukan dan keabsahan substantif dari perjanjian arbitrase?
- Kapasitas suatu pihak?
- Pihak di luar (*non-signatories*) perjanjian arbitrase?
- Bisa tidaknya arbitrase (*arbitrability*)?

Apakah ada hal yang harus diputuskan oleh majelis arbiter dan bukan pengadilan?

Dapatkah pengadilan bergantung pada Pasal VII yang memungkinkan untuk bergantung pada hak yang lebih menguntungkan dalam hukum nasional atau perjanjian?

Jika semua persyaratan terpenuhi, pengadilan harus merujuk para pihak untuk arbitrase.

III. Permintaan untuk Pengakuan dan Pelaksanaan Putusan Arbitrase (Pasal I, III-VII)

Apakah Negara forum pihak dalam Konvensi New York? (Pasal I)

- Tanggal berlakunya?

Apakah negara forum memiliki undang-undang penerapan dan apakah hal tersebut mempengaruhi penerapan Konvensi? Apakah Konvensi ini berlaku untuk putusan arbitrase yang dimaksud?

- Apakah putusan arbitrase dibuat di wilayah Negara lain?
- Apakah putusan tidak dianggap sebagai putusan arbitrase domestik di Negara forum?
- Apakah putusan arbitrase timbul dari sengketa antara individual atau badan hukum?
- Jika negara forum telah membuat reservasi resiprositas (*reciprocity reservation*), apakah negara di mana putusan dibuat merupakan negara anggota Konvensi?
- Jika Negara forum telah membuat reservasi komersial, obyek sengketa pun “komersial”?
- Apakah proses penyelesaian sengketanya melalui arbitrase?
- Apakah keputusannya merupakan sebuah putusan arbitrase?

Apakah perjanjian yang lebih menguntungkan atau hukum domestik lain dapat diterapkan? (Pasal VII)

Apakah persyaratan prosedural yang tidak diatur oleh Konvensi dapat dipenuhi?

Contoh:

- Batas waktu untuk pengajuan permohonan?
- Otoritas yang kompeten?
- Bentuk permintaan?
- Ragam proses?
- Upaya hukum terhadap putusan diterima atau ditolaknya pelaksanaan putusan?
- Tersedianya set-off atau gugatan balik (*counterclaim*)?

Apakah pemohon telah menyerahkan dokumen yang diperlukan?

- Putusan otentik atau salinan resminya?
- Putusan arbitrase asli atau salinan resminya?
- Apakah terjemahannya diperlukan?
- Apakah dokumen diserahkan secara tepat waktu?
- Apakah ada (atau tidak) dokumen lain yang diperlukan?

Bagaimana menerapkan dasar untuk penolakan atas pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase?

- Tidak ada review pada substansi putusan arbitrase (*merits*)
- Termohon (*tergugat*) memiliki beban pembuktian
- Alasan untuk penolakan yang tercantum dalam Konvensi secara lengkap
- Alasan untuk penolakan untuk diartikan secara sempit

Apa hukum yang berlaku?

Contoh:

- Otentikasi?
- Sertifikasi?
- Ketidakmampuan pihak?

- Keabsahan perjanjian arbitrase?
- Komposisi majelis arbiter?
- Prosedur arbitrase?
- Putusan belum mengikat?
- Penangguhan putusan?
- Obyek sengketa yang tidak dapat diarbitrase?
- Pelanggaran kebijakan publik?

Apakah salah satu alasan untuk penolakan pengakuan dan pelaksanaan terbukti?

- Ketidakmampuan pihak dan ketidakabsahan perjanjian arbitrase?
- Kurangnya pemberitahuan yang tepat atau adanya pelanggaran proses hukum?
- Putusan di luar atau melebihi lingkup perjanjian arbitrase?
- Penyimpangan dalam komposisi majelis arbiter atau dalam prosedur arbitrase?
- Putusan tidak mengikat, dibatalkan, atau ditangguhkan?

Apakah pengadilan menemukan bahwa ada alasan bahwa hal itu dapat menimbulkan *ex officio* untuk menolak pengakuan dan pelaksanaan?

- Obyek sengketa yang tidak dapat diarbitrase?
- Bertentangan dengan kebijakan publik?

Penerapan kebijakan publik internasional?

Apakah salah satu pihak melepaskan hak untuk menolak pengakuan dan pelaksanaan?

Apa ruang lingkup diskresi pengadilan menegakkan?

Haruskah proses pengakuan dan pelaksanaan ditangguhkan bila proses tersisihkan? (Pasal VI)

Jika tidak ada dasar untuk penolakan atau penangguhan pengakuan dan pelaksanaan ditemukan, pengadilan harus menegakkan putusan arbitrase.

GAMBARAN

Hakim yang diminta untuk menerapkan Konvensi New York 1958 menghadapi dua jenis tantangan. Pertama, adanya kerumitan yang biasanya muncul sehubungan dengan perjanjian internasional dari perspektif hakim nasional. Kedua, ini adalah suatu konvensi yang menguji obyektivitas hakim nasional dengan cara tertentu, karena sering dimohonkan oleh pihak asing terhadap pihak lokal. (Hal ini khususnya terjadi sehubungan dengan pelaksanaan putusan asing, yang biasanya dibawa ke yurisdiksi pihak yang kalah, karena di situlah aset pihak tersebut berada.)

Pengamatan ini adalah salah satu hal yang sangat penting. Konvensi tersebut adalah landasan arbitrase komersial internasional, yang krusial untuk keandalan transaksi bisnis internasional. Konvensi tersebut membayangkan suatu mekanisme yang tergantung pada kerjasama pengadilan nasional. Esensinya adalah kepercayaan timbal balik. Jika beberapa pengadilan menunjukkan bias dalam mendukung warga negara mereka sendiri, maka ada kemungkinan pengadilan lain mencontoh hal buruk tersebut.

Tujuan dari Panduan ini adalah untuk memberikan penjelasan sederhana dari tujuan Konvensi, dan bagaimana menafsirkan teks sesuai dengan praktek terbaik internasional selama lima puluh tahun pertama keberadaannya.

Kita mulai dengan pertanyaan yang paling jelas:

TENTANG APAKAH KONVENSI NEW YORK ITU?

Konvensi New York memiliki dua obyek:

- Pengakuan dan pelaksanaan perjanjian arbitrase (lihat I, lihat juga Bab II);
- Pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase asing (lihat II, lihat juga Bab III).

I. PENGAKUAN DAN PELAKSANAAN PERJANJIAN ARBITRASE

Arbitrase adalah proses konsensual. Arbitrase hanya dapat dilakukan jika pihak telah sepakat untuk menyerahkan sengketa mereka ke arbitrase. Perjanjian untuk merujuk sengketa arbitrase disebut “perjanjian arbitrase”.

Sebuah perjanjian arbitrase memiliki efek hukum yang positif dan negatif:

- Hal ini mewajibkan para pihak untuk mengajukan sengketa ke arbitrase dan menyerahkan yurisdiksi kepada majelis arbiter untuk sengketa yang diatur oleh perjanjian arbitrase (**efek positif**). Jika timbul sengketa yang jatuh dalam lingkup perjanjian arbitrase, salah satu pihak dapat menyerahkannya ke pengadilan arbitrase.
- Hal ini mencegah suatu pihak untuk mencari penyelesaian sengketa mereka di dalam pengadilan (**efek negatif**). Dengan membuat perjanjian arbitrase, pihak melepaskan hak mereka untuk penyelesaian melalui pengadilan. Pihak yang telah melakukan perjanjian arbitrase tidak dapat mengabaikan perjanjian arbitrase dan kemudian pergi ke pengadilan.

Konvensi New York mewajibkan Negara Peserta untuk mengenali dan melaksanakan pengaruh-pengaruh diatas. Kondisi-kondisi di mana sebuah pengadilan harus melakukan hal tersebut dibahas dalam Bab II Panduan ini.

II. PENGAKUAN DAN PELAKSANAAN PUTUSAN ARBITRASE

Arbitrase berakhir dengan putusan akhir arbiter. Selain itu, dalam jalannya arbitrase, para arbiter dapat mengeluarkan putusan interim, contohnya untuk putusan pada yurisdiksi atau pertanggungjawaban (*liability*). Semua dicakup dalam Konvensi New York (lihat Bab I).

Sebagian besar sistem hukum memberi efek pada putusan arbitrase yang identik atau sama dengan putusan pengadilan, terutama bahwa *res judicata*. Sebagaimana putusan pengadilan, kekuatan final dan mengikat dari putusan arbitrase pada prinsipnya terbatas pada wilayah negara di mana putusan arbitrase dibuat. Konvensi New York mengatur pengakuan dan pelaksanaan mereka *di luar* wilayah itu.

Pengakuan putusan arbitrase adalah proses yang membuat putusan arbitrase bagian dari sistem hukum nasional. Pengakuan putusan arbitrase pada umumnya dicari dalam konteks persidangan lain. Misalnya, sebuah pihak akan meminta pengakuan putusan arbitrase dalam rangka meningkatkan pertahanan *res judicata* dan dengan demikian menghalangi litigasi ulang di pengadilan akan isu-isu yang sudah diselesaikan dalam arbitrase asing, atau pihak yang akan mencari *set-off* di pengadilan atas dasar suatu putusan arbitrase asing. Karena pengakuan sering bertindak sebagai mekanisme pertahanan, hal ini sering digambarkan sebagai perisai.

Sebaliknya, **pelaksanaan** adalah pedang. Pihak yang sukses dalam arbitrase akan berusaha untuk mendapatkan apa yang telah diputuskan oleh arbiter untuk mereka. Memang benar bahwa sebagian besar putusan arbitrase dipatuhi secara sukarela. Namun, ketika pihak yang kalah tidak mematuhi, pihak dimenangkan dapat meminta bantuan pengadilan untuk memaksa kepatuhan. Konvensi New York memungkinkan pihak untuk meminta bantuan tersebut.

Dengan kata lain, pengakuan dan pelaksanaan dapat mempengaruhi putusan arbitrase di negara yang lain dari yang mana putusan arbitrase dibuat (lihat Bab I). Ketika pengadilan telah menyatakan putusan dilaksanakan dalam negara *forum*, pihak yang harus menegakkannya mungkin mengambil metode eksekusi yang tersedia di bawah undang-undang setempat.

BAB I KONVENSI NEW YORK SEBAGAI INSTRUMEN HUKUM INTERNASIONAL

DAFTAR ISI

- I. **INTERPRETASI**
 - I.1. Interpretasi Konvensi: Konvensi Wina
 - I.2. Interpretasi yang Memihak Pengakuan dan Pelaksanaan: Bias Pro-pelaksanaan (*Pro-enforcement*)
- II. **RUANG LINGKUP MATERIAL APLIKASI**
 - II.1. Putusan Arbitrase
 - II.1.1 Interpretasi Otonom
 - II.1.2. Pendekatan Konflik Hukum
 - II.2. perjanjian Arbitrase
- III. **LINGKUP WILAYAH PENERAPAN**
 - III.1. Putusan Arbitrase
 - III.1.1. Putusan yang dibuat di Wilayah Negara Lain Selain Negara Di mana Pengakuan dan Pelaksanaan dimohonkan
 - III.1.2. Putusan non-domestik
 - III.2. Perjanjian Arbitrase
- IV. **RESERVASI**
 - IV.1. Resiprositas (*Pasal I (3) Kalimat Pertama*)
 - IV.2. Sifat Komersial (*Pasal I (3) Kalimat Kedua*)
- V. **HUBUNGAN DENGAN HUKUM DOMESTIK DAN PERJANJIAN LAINNYA (PASAL VII)**
 - V.1. Hukum yang Lebih Menguntungkan
 - V.2. Konvensi New York dan Perjanjian Internasional Lainnya
 - V.3. Konvensi New York dan Hukum Nasional
- VI. **KONSEKUENSI DARI TIDAK BERLAKUNYA KONVENSI NEW YORK**
 - VI.1. Pelanggaran Konvensi New York

- VI.2. pelanggaran Perjanjian Investasi
- VI.3. Putusan Arbitrase tidak Dipengaruhi

I. INTERPRETASI

Konvensi New York adalah perjanjian internasional. Dengan demikian, Konvensi tersebut adalah bagian hukum publik internasional. Akibatnya, pengadilan yang menerapkan Konvensi harus menafsirkannya sesuai dengan aturan interpretasi hukum internasional, yang dikodifikasikan dalam Pasal 31 dan 32 Konvensi Wina tentang Hukum Perjanjian Internasional.¹

-
1. 1. Konvensi Wina tentang Hukum Perjanjian Internasional, yang dibuat di Wina pada tanggal 23 Mei 1969, berlaku pada tanggal 27 Januari 1980, *United Nations Treaty Series*, vol. 1155, hlm. 331. Pasal 31 berbunyi:

“Aturan umum penafsiran

1. Suatu perjanjian harus ditafsirkan dengan itikad baik sesuai dengan arti yang biasanya diberikan pada ketentuan perjanjian dalam konteksnya dan dengan mempertimbangkan maksud dan tujuannya.
2. Konteks untuk tujuan penafsiran perjanjian terdiri, atas, selain teks, termasuk preambel dan annexnya:
 - (A) kesepakatan apapun yang berhubungan dengan perjanjian yang dibuat antara semua pihak sehubungan dengan pembuatan perjanjian;
 - (B) instrumen apapun yang dibuat oleh satu pihak atau lebih sehubungan dengan pembuatan perjanjian dan diterima oleh pihak lain sebagai instrumen terkait pada perjanjian internasional.
3. Akan diperhitungkan, bersama dengan konteks:
 - (A) perjanjian selanjutnya antara pihak-pihak mengenai interpretasi dari perjanjian tersebut atau penerapan ketentuannya;
 - (B) setiap praktek berikutnya dalam penerapan perjanjian yang menetapkan kesepakatan para pihak mengenai interpretasinya;
 - (C) semua peraturan terkait dalam hukum internasional yang berlaku dalam hubungan antara pihak.

Pasal 31 dan 32 harus dipahami secara berurutan: e.g., jika kejelasan artinya tidak tercapai dengan mengacu pada aturan umum yang terkandung dalam Pasal 31, aturan tambahan terkandung dalam Pasal 32 akan dijadikan acuan. Aturan penafsiran berdasarkan hukum nasional tidak berlaku. Sesuai hukum internasional, pengadilan harus menafsirkan Konvensi New York secara otonom (lihat Bab ini, di bawah, pada I.1) dan dengan mendukung pengakuan dan pelaksanaan (lihat Bab ini di bawah pada I.2).

I.1. INTERPRETASI PERJANJIAN: KONVENSI WINA

Pada prinsipnya, istilah yang digunakan dalam Konvensi memiliki makna yang otonom (Pasal 31 Konvensi Wina). Jika teks dari Konvensi New York ambigu, acuan harus dibuat kepada konteks, maksud, dan *travaux préparatoires*-nya (Pasal 31 dan 32 Konvensi Wina).² Ketentuan harus dipahami dengan mempertimbangkan konteks dan tujuan dari Konvensi. Oleh karena itu, pengadilan tidak seharusnya menafsirkan ketentuan dengan mengacu pada hukum domestik. Ketentuan dalam Konvensi harus memiliki arti yang sama

4. Makna khusus akan diberikan kepada ketentuan jika ditetapkan bahwa para pihak memiliki maksud demikian."

Pasal 32 berbunyi:

"Cara interpretasi tambahan

Cara interpretasi tambahan dapat digunakan, termasuk naskah persiapan perjanjian dan keadaan saat pembuatannya, untuk mengkonfirmasi arti yang dihasilkan dari penerapan pasal 31, atau untuk menentukan artinya ketika penafsiran sesuai dengan pasal 31:

- (a) meninggalkan makna ambigu atau tidak jelas, atau
 - (b) mengarah pada hasil yang jelas absurd atau tidak masuk akal."
2. Konvensi disusun dalam lima teks resmi: Cina, Inggris, Perancis, Rusia dan Spanyol.

di dunia bagian manapun mereka diterapkan. Hal ini membantu untuk memastikan penerapan seragam Konvensi di semua Negara.

Dalam yurisdiksi yang telah menerapkan Konvensi dalam sistem hukum mereka, penting untuk memperhatikan segala ketentuannya. Dalam beberapa kasus, ketentuan Konvensi diubah.³ Yurisprudensi (*case law*) saat ini sayangnya kadang-kadang menyimpang dalam penerapan Konvensi, dan karena itu tidak selalu memberikan pedoman yang berguna. Dalam hal ini, pengadilan harus selalu menafsirkan Konvensi New York dengan bias pro-pelaksanaan. Pengadilan juga bisa mengandalkan tulisan-tulisan ilmiah seperti komentar mengenai Konvensi New York oleh Profesor Albert Jan van den Berg.⁴

I.2. INTERPRETASI DALAM MENDUKUNG PENGAKUAN DAN PELAKSANAAN: BIAS PRO-PELAKSANAAN (*PRO-ENFORCEMENT*)

Sebagaimana dinyatakan di atas, perjanjian harus ditafsirkan dengan mempertimbangkan maksud dan tujuannya (*object and purpose*). Tujuan dari Konvensi New York adalah untuk mempromosikan

3. Lihat *Report on the Survey Relating to the Legislative Implementation of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* (New York 1958). Catatan oleh Sekretariat UNCITRAL. A/CN.9/656 dan A/CN.9/656/Add.1, 5 June 2008.

4. Albert Jan van den Berg, *The New York Arbitration Convention of 1958 - Towards a Uniform Judicial Interpretation* (Kluwer, 1981); lihat juga tulisan Professor van den Berg, Consolidated Commentary on the 1958 New York Convention dalam Volume XXVIII (2003) dari the Yearbook Commercial Arbitration, membahas Volume XXII (1997) sampai Volume XXVII (2002), dan Consolidated Commentary on the 1958 New York Convention dalam Volume XXI (1996) dari the Yearbook Commercial Arbitration, membahas Volume XX (1995) dan Volume XXI (1996).

perdagangan internasional dan penyelesaian sengketa internasional melalui arbitrase. Hal ini bertujuan untuk memfasilitasi pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase asing dan pelaksanaan perjanjian arbitrase. Akibatnya, pengadilan harus melakukan pendekatan pro-pelaksanaan ketika menafsirkan Konvensi.

Jika ada beberapa kemungkinan interpretasi, pengadilan harus memilih arti yang paling mendekati pengakuan dan pelaksanaan (yang disebut bias pro-pelaksanaan). Secara khusus, ini mengisyaratkan bahwa alasan untuk pelaksanaan menolak dalam Pasal V harus ditafsirkan secara sempit (lihat Bab III III.4).⁵

Sejalan dengan bias pro-pelaksanaan, yang merupakan hal inti pada interpretasi Konvensi New York, **prinsip efisiensi maksimum** berlaku: jika perjanjian lainnya bisa berlaku, pengadilan harus menerapkan perjanjian di mana putusan dapat ditegakkan. Hal ini tercermin dalam Pasal VII (lihat Bab ini, di bawah, pada V.2).

Dalam sebuah kasus di hadapan Mahkamah Agung Spanyol,⁶ dua perjanjian berpotensi berlaku untuk menentukan keberlakuan putusan: sebuah perjanjian bilateral antara Prancis dan Spanyol dan Konvensi New York. Pengadilan memutuskan bahwa, dari dua prinsip yang relevan untuk menentukan apakah Perjanjian Bilateral atau Konvensi diterapkan, salah satu adalah:

-
5. Sebuah pengadilan yang menerima aplikasi untuk menegakkan putusan dibawah Konvensi tidak memiliki kewenangan untuk meninjau kembali keputusan majelis arbitrer pada substansi permasalahan dan menggantinya dengan keputusannya sendiri, bahkan jika dipercaya bahwa arbiter keliru dalam fakta atau hukum. Pelaksanaan bukanlah proses banding dari keputusan arbitrase (lihat Bab III di III.1).
 6. *Spanyol*: Tribunal Supremo, Bagian Sipil, Bagian Pertama, 20 Juli 2004 (*Antilles Semen Corporation v Transficem*) Yearbook Commercial Arbitraseon XXXI (2006) hlm. 846 - 852 (Spanyol no. 46).

“... prinsip efisiensi maksimum atau keberpihakan yang lebih besar kepada pengakuan atas keputusan asing. [Secara bersama-sama dengan prinsip relevan yang lain, hal ini mengarahkan Pengadilan untuk menyimpulkan bahwa Konvensi adalah ketentuan yang berlaku karena di dalamnya] ditetapkan praduga keabsahan dan efikasi dari perjanjian arbitrase dan putusan dan keputusan [(*award and decision*)] arbitrase yang terkait [dan] sebagai akibatnya menggeserkan beban pembuktian kepada pihak termohon dalam arbitrase.”

II. RUANG LINGKUP MATERIAL APLIKASI

Untuk menentukan apakah suatu putusan arbitrase tertentu atau perjanjian termasuk dalam pokok Konvensi, pengadilan harus memastikan syarat sebagai suatu perjanjian arbitrase atau putusan arbitrase dipenuhi.

II.1. PUTUSAN ARBITRASE

Tidak ada definisi dari istilah “putusan arbitrase” dalam Konvensi. Oleh karena itu, tugas pengadilan untuk menentukan apa arti istilah tersebut untuk tujuan Konvensi. Hal ini harus dilakukan dalam dua langkah:

1. Pertama, harus dimeninjau apakah sengketa telah diajukan dan diselesaikan melalui *arbitrase*. Tidak semua metode penyelesaian sengketa diluar pengadilan memenuhi syarat sebagai arbitrase. Ada berbagai mekanisme penyelesaian sengketa yang melibatkan individu-individu yang tidak memiliki karakteristik yang sama

dengan arbitrase. Mediasi, konsiliasi atau penentuan ahli adalah beberapa contoh. Konvensi New York hanya mencakup arbitrase.

2. Kedua, harus dimeninjau apakah keputusan merupakan *putusan arbitrase*. Pengadilan dapat mengeluarkan berbagai macam putusan. Beberapa dari mereka adalah putusan arbitrase, yang lain tidak.

Pengadilan telah mengadopsi dua metode yang berbeda untuk menentukan makna dari istilah “arbitrase” dan “putusan”. Hal ini dilakukan antara dengan (1) memilih interpretasi otonom atau (2) mengacu pada hukum nasional menggunakan metode konflik hukum.

II.1.1. Interpretasi Otonom

Langkah pertama adalah menanyakan apakah proses yang dipermasalahkan memenuhi syarat sebagai arbitrase. Arbitrase adalah metode penyelesaian sengketa di mana pihak setuju untuk menyerahkan sengketa mereka kepada orang ketiga yang akan membuat sebuah keputusan final dan mengikat menggantikan pengadilan.

Definisi ini menekankan tiga karakteristik utama dari arbitrase. Pertama, arbitrase bersifat konsensual: arbitrase berdasarkan kesepakatan para pihak. Kedua, arbitrase mengarah ke resolusi sengketa dengan final dan mengikat. Ketiga, arbitrase dianggap sebagai pengganti litigasi pengadilan.

Langkah kedua adalah untuk meninjau apakah keputusan yang dipermasalahkan adalah *putusan arbitrase*. Putusan arbitrase adalah keputusan yang mengakhiri arbitrase secara keseluruhan atau sebagian atau penentuan pada isu awal, yang mana resolusinya diperlukan untuk mencapai keputusan akhir. Sebuah putusan arbitrase *dengan final* menyelesaikan permasalahan yang diusahakan

untuk diselesaikan dengan arbitrase. Bahkan jika pengadilan akan ingin mengadopsi kesimpulan berbeda nantinya, persoalan ini tidak bisa dibuka kembali atau direvisi.

Akibatnya, keputusan arbitrase berikut memenuhi syarat sebagai putusan arbitrase:

- Putusan arbitrase akhir, yaitu putusan arbitrase yang mengakhiri arbitrase. Putusan arbitrase yang menangani semua gugatan substantif (*merits*) merupakan putusan arbitrase akhir. Begitu pula dengan putusan arbitrase yang menyangkal yurisdiksi pengadilan tempat didaftarkan sengketa.
- Putusan arbitrase parsial, yaitu putusan arbitrase yang memberikan keputusan akhir tentang bagian dari gugatan dan meninggalkan sisa gugatan untuk tahap berikutnya dari proses arbitrase. Sebuah putusan arbitrase yang menangani gugatan untuk tambahan biaya dalam arbitrase konstruksi dan meninggalkan gugatan ganti rugi atas kecacatan dan keterlambatan adalah putusan arbitrase parsial (istilah ini kadang-kadang juga digunakan untuk kategori berikut, tapi untuk pemahaman yang lebih baik, lebih baik hal tersebut dibedakan);
- Putusan arbitrase awal, kadang-kadang juga disebut putusan arbitrase sela atau interim, yaitu putusan yang menentukan masalah awal yang diperlukan untuk menyelesaikan gugatan para pihak, seperti keputusan arbitrase tentang apakah gugatan tidak dapat diajukan karena faktor waktu, apa hukum mengatur substansi, atau apakah ada tanggungjawab;
- Putusan arbitrase terhadap biaya, yaitu, putusan arbitrase yang menentukan jumlah dan alokasi dari biaya arbitrase;
- Putusan arbitrase persetujuan, yaitu putusan arbitrase yang mencatat penyelesaian sengketa para pihak dengan damai.

Sebuah putusan arbitrase yang ditetapkan tanpa partisipasi salah satu pihak (*default*), yaitu, tanpa partisipasi dari salah satu pihak, juga memenuhi syarat sebagai putusan arbitrase sejauh masuk kedalam salah satu kategori yang tercantum di atas.

Sebaliknya, keputusan berikut umumnya tidak dianggap putusan:

- Perintah prosedural, yaitu keputusan yang hanya mengatur proses arbitrase;
- Keputusan tentang tindakan sementara atau interim. Karena keputusan ini hanya dikeluarkan selama arbitrase dan dapat dibuka kembali selama arbitrase, tindakan sementara tersebut tidak termasuk putusan. Pengadilan-pengadilan telah menolak teori bahwa keputusan tersebut mengakhiri sengketa pihak atas tindakan sementara, tapi hal tersebut tidak meyakinkan: para pihak tidak telah setuju berarbitrase untuk menyelesaikan masalah prosedur arbitrase.

Pada akhirnya, nama yang diberikan oleh para arbiter untuk keputusan mereka tidak menentukan. Pengadilan harus mempertimbangkan pokok keputusan dan apakah keputusan tersebut dengan final menyelesaikan permasalahan untuk menentukan apakah keputusan tersebut merupakan putusan arbitrase.

II.1.2. Pendekatan Konflik Hukum

Jika pengadilan merujuk kepada hukum nasional daripada menggunakan metode otonom yang lebih direkomendasikan untuk semua pertanyaan diatas, hal ini akan dimulai dengan memutuskan hukum nasional yang mengatur definisi putusan arbitrase.

Dengan kata lain, pengadilan akan mengadopsi metode konflik hukum (*conflict-of-law*). Pengadilan dapat menggunakan baik hukum nasionalnya sendiri (*lex fori*) atau hukum yang mengatur arbitrase (*lex arbitri*). Hukum yang mengatur arbitrase secara umum merupakan hukum tempat arbitrase, atau lebih jarang, hukum yang dipilih oleh para pihak untuk mengatur arbitrase (bukan kontrak atau substansi dari sengketa, yang merupakan hal yang berbeda).

I.2. PERJANJIAN ARBITRASE

Pasal II (1) dari Konvensi New York menjelaskan bahwa perjanjian dibuat secara tertulis di mana para pihak berjanji untuk menyerahkan ke arbitrase semua perbedaan atau perbedaan apapun yang timbul atau mungkin timbul antara mereka sehubungan dengan hubungan hukum yang ditetapkan, baik kontraktual atau tidak.

Penggunaan kata-kata “telah muncul atau mungkin timbul” menunjukkan bahwa Konvensi mencakup baik klausa arbitrase yang terkandung dalam kontrak dan menangani sengketa di masa depan, di satu sisi, dan perjanjian penyerahan yang menentukan sengketa yang ada untuk diselesaikan melalui arbitrase, di sisi lain.

Menurut Pasal II (1), perjanjian arbitrase harus berkenaan dengan sebuah hubungan hukum yang spesifik. Persyaratan ini pasti dipenuhi untuk klausul arbitrase dalam kontrak yang menyangkut sengketa yang timbul dari kontrak tersebut. Sebaliknya, persyaratan ini tidak akan dipenuhi jika para pihak setuju untuk mengajukan semua sengketa atau sengketa apapun kini dan dimasa depan mengenai hal apapun yang mungkin.

Sengketa yang dilingkupi oleh perjanjian arbitrase dapat berkenaan dengan kontrak dan klaim lainnya seperti klaim *perbuatan melawan hukum (tort)* dan klaim perundangan lainnya.

Akhirnya, Konvensi mengharuskan perjanjian arbitrase untuk dalam bentuk “tertulis”, persyaratan yang ditetapkan dalam Pasal II (2) dan dibahas dalam Bab II.

III. LINGKUP WILAYAH PENERAPAN

Pasal I (1) mendefinisikan ruang lingkup teritorial penerapan Konvensi New York, yang berkaitan dengan putusan arbitrase, dalam ketentuan sebagai berikut:

“Konvensi ini berlaku terhadap pengakuan dan pelaksanaan arbitrase yang dibuat dalam wilayah suatu negara selain negara di mana pengakuan dan pelaksanaan putusan tersebut dimintakan, dan timbul dari perbedaan antara individu maupun badan hukum. Hal ini juga berlaku untuk putusan arbitrase yang tidak dianggap sebagai putusan arbitrase domestik di dalam negeri di mana pengakuan dan pelaksanaan dimintakan.”

Dengan demikian, Konvensi hanya berkaitan dengan pengakuan dan pelaksanaan *putusan arbitrase asing dan non-domestik* (lihat Bab ini, di bawah, pada III.1). Ini tidak berlaku untuk pengakuan dan pelaksanaan putusan domestik. Konvensi tersebut tidak mengandung ketentuan yang serupa berkaitan dengan perjanjian arbitrase. Namun, telah ditetapkan bahwa Konvensi hanya berlaku untuk perjanjian arbitrase “asing” atau internasional (lihat Bab II).

III.1. PUTUSAN

III.1.1. *Putusan yang Dibuat di Wilayah Negara Lain Selain Negara di mana Pengakuan dan Pelaksanaan Dimintakan*

Setiap putusan yang dibuat di negara selain negara di mana pengakuan atau pelaksanaan dimintakan, i.e. adalah putusan arbitrase asing. Oleh karena itu, kebangsaan, domisili atau tempat tinggal para pihak tidak memiliki relevansi dalam menentukan apakah putusan arbitrase termasuk putusan arbitrase asing. Namun, faktor-faktor ini mungkin penting ketika menentukan apakah arbitrase termasuk dalam ruang lingkup Konvensi (lihat Bab II dan Bab III). Selain itu, tidak diharuskan bahwa negara di mana putusan arbitrase dibuat merupakan pihak pada Konvensi (kecuali tentu saja jika negara di mana pengakuan atau pelaksanaan dimintakan telah membuat reservasi resiprositas, lihat Bab ini, di bawah, pada IV.1).

Di mana putusan dibuat? Konvensi tidak menjawab pertanyaan ini. Sebagian besar Negara Peserta menganggap bahwa putusan dibuat di tempat arbitrase. Tempat arbitrase dipilih oleh para pihak, atau alternatifnya, oleh lembaga arbitrase atau pengadilan arbitrase. Ini adalah konsep hukum, dan bukan konsep fisik atau geografis. Pertemuan (*hearing*), musyawarah dan penandatanganan putusan arbitrase dan bagian lain dari proses arbitrase dilakukan di tempat lain.

III.1.2. *Putusan Arbitrase Non-domestik*

Kategori kedua dari putusan arbitrase yang tercakup dalam Konvensi adalah mereka yang dianggap sebagai putusan arbitrase non-domestik di negara di mana pengakuan atau pelaksanaan dimintakan. Kategori ini memperluas ruang lingkup aplikasi Konvensi.

Konvensi tidak mendefinisikan putusan arbitrase non-domestik. Dengan sangat jarang, pihak-pihaklah yang menunjukkan apakah putusan yang akan diberikan diantara mereka adalah non-domestik. Setiap Negara Anggota dengan demikian bebas untuk memutuskan putusan yang tidak dianggap putusan domestik dan mungkin telah melakukan hal demikian dalam undang-undang yang menerapkan Konvensi.⁷

Dalam pelaksanaan kebebasan ini, negara-negara pada umumnya menganggap semua atau beberapa dari putusan arbitrase berikut sebagai non-domestik:

- Putusan arbitrase yang dibuat di bawah hukum arbitrase negara lain;
- Putusan arbitrase yang melibatkan unsur asing;
- Putusan arbitrase tanpa nasionalitas (*a-national*).

Putusan arbitrase jenis pertama hanya akan timbul sehubungan dengan arbitrase yang memiliki tempat di negara yang mana pengadilannya dimintakan pengakuan dan pelaksanaan, namun yang

7. Misalnya, *United States Federal Arbitration Act* (Judul 9, Bab 2) telah membuat ketentuan berikut sehubungan dengan "putusan arbitrase non-domestik":

“Sect. 202. Perjanjian atau putusan jatuh di bawah Konvensi
Sebuah perjanjian arbitrase atau putusan arbitrase yang timbul dari hubungan hukum, baik kontrakual atau bukan, yang dianggap sebagai komersial, termasuk transaksi, kontrak, atau perjanjian yang dijelaskan dalam bagian 2 dari judul ini, berada di bawah Konvensi. Kesepakatan atau putusan yang timbul dari hubungan yang sepenuhnya diantara warga Amerika Serikat dianggap tidak jatuh di bawah Konvensi kecuali hubungan yang melibatkan properti yang berada di luar negeri, membayangkan pemenuhan atau pelaksanaan di luar negeri, atau memiliki hubungan wajar yang lain yang dengan satu atau lebih negara-negara asing. Untuk tujuan bagian ini perusahaan adalah warga Amerika Serikat jika didaftarkan atau memiliki tempat usaha utamanya di Amerika Serikat.”

diatur oleh undang-undang arbitrase asing. Ini akan menjadi persetujuan langka karena itu mengisyaratkan bahwa hukum nasional dari pengadilan yang dimintakan pengakuan atau pelaksanaan memungkinkan para pihak untuk mengajukan arbitrase ke *lex arbitri* selain dari tempat arbitrase.

Kategori kedua mengacu pada putusan arbitrase yang dilakukan dalam pengadilan domestik, pengadilan atau pelaksanaan dalam sengketa yang melibatkan dimensi asing, seperti kebangsaan atau domisili para pihak atau tempat dan kinerja dari kontrak sehingga menimbulkan sengketa. Kriteria agar putusan arbitrase dianggap non-domestik dalam kategori ini biasanya ditentukan oleh negara-negara dalam undang-undang implementasi (lihat di catatan kaki 7 untuk contoh dari Amerika Serikat). Dengan sangat jarang, para pihak dapat menunjukkan bahwa putusan mereka non-domestik.

Jenis ketiga mengacu pada putusan arbitrase yang dikeluarkan dalam arbitrase yang terlepas dari hukum arbitrase nasional apapun, misalnya, karena pihak telah secara eksplisit mengecualikan penerapan hukum arbitrase nasional apapun atau menetapkan berlakunya aturan transnasional seperti prinsip-prinsip umum hukum arbitrase. Meskipun telah terdapat diskusi mengenai apakah putusan a-nasional jatuh dalam lingkup Konvensi New York, pandangan yang berlaku adalah bahwa Konvensi tidak berlaku untuk putusan tersebut. Kasus-kasus ini sangat jarang terjadi.

III.2. PERJANJIAN ARBITRASE

Konvensi New York tidak mendefinisikan ruang lingkup aplikasi sehubungan dengan perjanjian arbitrase. Namun, ditetapkan juga bahwa Konvensi New York tidak mengatur pengakuan domestik perjanjian arbitrase. Dengan serupa juga diterima bahwa Konvensi berlaku jika putusan arbitrase yang akan datang akan dianggap asing

atau non-domestik menurut Pasal I (1). Beberapa pengadilan memberikan alasan bahwa Konvensi berlaku jika perjanjian arbitrase bersifat internasional. Karakter internasional suatu perjanjian muncul dari kebangsaan atau domisili dari para pihak atau dari transaksi yang mendasarinya.

Ketika menentukan apakah suatu perjanjian arbitrase termasuk dalam ruang lingkup Konvensi, pengadilan harus membedakan tiga situasi:

- Apabila perjanjian arbitrase menetapkan bahwa arbitrase akan diadakan di negara asing, pengadilan harus menggunakan Konvensi New York;
- Jika perjanjian arbitrase menetapkan bahwa arbitrase akan diadakan di negara setempat, pengadilan
 - Harus menggunakan Konvensi New York apabila putusan yang akan dikeluarkan akan dianggap sebagai putusan non-domestik sesuai Pasal I(1), kalimat kedua;
 - Dapat menggunakan Konvensi apabila perjanjian arbitrase dianggap perjanjian internasional akibat kebangsaan atau domisili pihak-pihak yang terikat, atau akibat adanya elemen asing dalam transaksi terkait;
- Apabila perjanjian arbitrase tidak menetapkan tempat diadakannya arbitrase, pengadilan dapat menggunakan Konvensi apabila terdapat kecenderungan tinggi bahwa putusan arbitrase yang akan dikeluarkan akan dianggap sebagai putusan arbitrase asing atau non-domestik sesuai dengan Pasal I(1). Selain itu, Konvensi dapat digunakan apabila pengadilan menetapkan bahwa perjanjian tersebut adalah perjanjian internasional.

IV. RESERVASI

Pada prinsipnya, Konvensi New York berlaku atas semua perjanjian arbitrase asing atau internasional, dan terhadap semua putusan arbitrase asing atau non-domestik. Meski demikian, Negara Peserta dapat membuat dua reservasi atas berlakunya Konvensi.

IV.1 RESIPROSITAS (Pasal I(3) Kalimat Pertama)

Negara Peserta dapat menyatakan bahwa Konvensi akan diaplikasikan hanya sebatas pada pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase yang dibuat di wilayah Negara Anggota lain. Kurang lebih dua per tiga dari Negara Anggota telah membuat reservasi ini. Pengadilan dalam sebuah negara yang telah membuat reservasi resiprositas akan mengaplikasikan Konvensi hanya terhadap putusan arbitrase yang telah dibuat di wilayah Negara Peserta lain, atau bila putusan arbitrase tersebut bersifat non-domestik dan menunjukkan keterkaitan dengan Negara Anggota lain.

IV.2 SIFAT KOMERSIL (Pasal I(3) Kalimat Kedua)

Negara Peserta juga dapat menyatakan bahwa mereka akan menerapkan Konvensi tersebut hanya terhadap perbedaan yang lahir dari hubungan hukum dalam bidang komersil, baik kontraktual ataupun bukan, dibawah hukum nasional negara yang membuat deklarasi tersebut. Kira-kira sepertiga dari Negara Peserta telah membuat reservasi ini.

Meskipun bahasa dari Konvensi tersebut mengacu pada hukum nasional dari negara tempat arbitrase dilaksanakan (sebagai pengecualian dari prinsip interpretasi autonom), dalam prakteknya pengadilan juga memberikan pertimbangan atas kondisi khusus dari

kasus tersebut dan terhadap praktek internasional. Mengingat tujuan Konvensi, pengadilan harus mengintrepretasikan konsep komersil secara luas.

Walaupun Konvensi hanya membahas reservasi dalam konteks pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase, pada umumnya cukup dipahami bahwa reservasi-reservasi tersebut juga berlaku atas pengakuan perjanjian arbitrase.

V. HUBUNGAN DENGAN HUKUM DOMESTIK DAN PERJANJIAN LAIN (PASAL VII)

Pasal VII(1) dari Konvensi New York membahas hubungan antara Konvensi dan hukum nasional dari negara forum dan perjanjian internasional lainnya yang mengikat negara di mana pelaksanaan diminta, dengan ketentuan berikut:

“Ketentuan dari Konvensi berikut tidak akan mempengaruhi keabsahan dari perjanjian multilateral ataupun bilateral berkenaan dengan pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase yang dimasuki oleh Negara Peserta, dan tidak mengurangi hak pihak berkepentingan untuk memanfaatkan putusan arbitrase dengan cara dan sepanjang diperbolehkan oleh peraturan atau perjanjian di negara di mana putusan arbitrase tersebut hendak diandalkan.”

V.1. HUKUM YANG LEBIH MENGUNTUNGAN

Pasal VII(2) disebut sebagai ketentuan ‘hukum yang lebih menguntungkan’ (*more-favorable-right provision*), karena pasal ini memperbolehkan suatu pihak yang mencari pengakuan dan pelaksanaan keputusan untuk bergantung pada peraturan yang lebih

menguntungkan daripada ketentuan yang terdapat dalam Konvensi. Peraturan yang lebih menguntungkan dapat ditemukan: (i) dalam hukum nasional dari negara forum atau (ii) dalam perjanjian yang berlaku di wilayah di mana pengakuan dan eksekusi dimintakan.

Pada prakteknya, perjanjian internasional ataupun hukum nasional akan menjadi lebih menguntungkan dari Konvensi New York apabila pengakuan dan pelaksanaan dalam perjanjian atau hukum didasarkan atas kriteria yang lebih ringan, baik dari segi prosedur maupun dari alasan untuk ditolaknya eksekusi.

Saat ini merupakan sebuah pengertian yang umum (walaupun belum berlaku secara universal) bahwa ketentuan Pasal VII(1) juga berlaku atas pengakuan dan pelaksanaan perjanjian arbitrase yang dirujuk dalam Pasal II. Pasal VII(1) pada umumnya dipakai untuk melampaui ketentuan formal yang berlaku atas perjanjian arbitrase dari Pasal II(2) (syarat tertulis, lihat Bab II di IV.2.1)

Dalam sebuah rekomendasi yang diadopsi oleh *United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)* pada 7 July 2006 (lihat Annex III), direkomendasikan bahwa

“juga Pasal VI, paragraf 1 dari *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, dibuat di New York, 10 Juni 1958, sepatutnya digunakan untuk memperbolehkan semua pihak yang tertarik untuk menggunakan hak yang mungkin dimiliki, dibawah hukum atau perjanjian internasional negara di mana sebuah perjanjian internasional diupayakan untuk diandalkan, untuk mencari pengakuan atas keabsahan perjanjian tersebut.”

Sejarah Konvensi juga mendukung pandangan ini. Ketentuan mengenai eksekusi perjanjian arbitrase dimasukkan dalam hari terakhir negosiasi. Ketentuan-ketentuan lainnya tidak diamandemen untuk menyesuaikan dengan perubahan menit-terakhir ini. Dengan

demikian, Pasal VII seharusnya tidak diinterpretasikan sebagai pengecualian terhadap perjanjian arbitrase dari lingkup berlakunya.

V.2. KONVENSI NEW YORK DAN PERJANJIAN INTERNASIONAL LAINNYA

Bagian pertama dari Pasal VII menetapkan bahwa Konvensi tidak mempengaruhi keabsahan perjanjian internasional lainnya dalam pengakuan dan eksekusi putusan arbitrase yang berlaku di negara di mana pelaksanaan dilakukan. Bagian kedua dari ketentuan yang sama menetapkan secara lebih spesifik bahwa para pihak berhak untuk mencari pengakuan dan eksekusi dari putusan arbitrase berdasarkan Konvensi New York atau perjanjian internasional atau peraturan nasional lain, yang mana yang lebih menguntungkan.

Prinsip *more-favorable-right* menyimpang dari perturan klasik hukum internasional tentang konflik perjanjian (*lex posterior* dan *lex specialis*). Berdasarkan prinsip *more-favorable-right*, ketentuan yang lebih menguntungkanlah yang akan dipakai.

V.3. KONVENSI NEW YORK DAN HUKUM NASIONAL

Tiga situasi harus dibedakan berkenaan dengan hubungan antara Konvensi New York dengan hukum nasional dari negara di mana pelaksanaan diminta:

- Baik Konvensi New York dan hukum nasional memiliki peraturan mengenai permasalahan yang sama. Dalam hal ini, Konvensi menggantikan hukum nasional, kecuali hukum nasional lebih menguntungkan. Dalam kasus tertentu, pengadilan harus mengacu pada undang-undang yang mengimplementasikan Konvensi (*kasus (i)* di bawah);

- Konvensi New York tidak mengatur permasalahan tertentu. Dalam hal ini, pengadilan akan menggunakan hukum nasional untuk melengkapi Konvensi New York (*case (ii)* dibawah);
- Konvensi New York merujuk secara eksplisit kepada hukum nasional. Dalam hal ini, pengadilan harus menggunakan hukum nasional dalam batas yang diperbolehkan dalam Konvensi (*kasus (iii)* dibawah).

Kasus (i) Konvensi menggantikan hukum nasional

Kasus (ii) Hukum nasional melengkapi Konvensi

Konvensi New York tidak menetapkan rezim prosedural yang komprehensif untuk pengakuan dan eksekusi putusan arbitrase asing. Berkaitan dengan prosedur, Konvensi hanya menyediakan peraturan akan beban pembuktian dan dokumen yang harus diserahkan oleh pihak peminta. Tidak ada ketentuan dalam hal prosedural.

Pasal III mengatur bahwa Negara Anggota harus mengakui dan mengeksekusi putusan arbitrase sesuai dengan peraturan prosedural di negara di mana putusan arbitrase tersebut diadalkan. Dengan demikian, prosedur untuk pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase asing diatur dengan hukum nasional, kecuali dalam hal beban pembuktian dan dokumen yang harus diserahkan (lihat Bab III).

Tanpa membahas secara menyeluruh, berikut adalah beberapa isu prosedural yang diatur dengan hukum nasional:

- Batas waktu pengajuan permohonan untuk pengakuan atau pelaksanaan;
- Kuasa yang kompeten untuk mengakui atau menegakkan putusan arbitrase;
- Bentuk permohonan;
- Cara dengan mana pengadilan diadakan;

- Upaya hukum akan keputusan yang diraih atau penolakan akan *exequatur*;
- Keseterediaan pembelaan *set-off* atau gugatan balik akan putusan arbitrase.

Permasalahan dapat muncul jika negara memiliki persyaratan yurisdiksi yang ketat untuk menerima permohonan eksekusi di pengadilanannya. Sesuai dengan tujuan Konvensi dan bias pelaksanaannya yang kuat, keberadaan aset di wilayah eksekusi negara seharusnya cukup untuk menciptakan yurisdiksi untuk kepentingan eksekusi. Meskipun demikian, beberapa pengadilan Amerika Serikat mengatur bahwa pengadilan memiliki yurisdiksi personal akan tergugat dan peminjam (*debtor*) putusan arbitrase.

Case (iii) Konvensi mengacu pada hukum nasional secara eksplisit

Beberapa ketentuan Konvensi New York mengacu pada hukum nasional secara eksplisit. Hal ini merupakan contoh kasus dari Pasal I (berhubungan dengan reservasi komersil), Pasal III (berhubungan dengan prosedur pengakuan dan pelaksanaan) dan Pasal V (alasan tertentu untuk tidak melaksanakan bertolak dari hukum nasional). Hal ini belum tentu merupakan hukum dari negara forum, namun dapat merupakan hukum di mana putusan arbitrase dibuat.

VI. KONSEKUENSI TIDAK DITERAPKANNYA KONVENSI NEW YORK

Tidak diterapkannya atau kesalahan pada penerapan Konvensi New York secara prinsip menuntut pertanggungjawaban internasional negara tersebut. Pelanggaran kewajiban negara dibawah Konvensi (lihat Bab ini, di bawah, di VI.1) dapat juga berarti merupakan

pelanggaran perjanjian investasi bilateral atau multilateral dalam kondisi tertentu. Dalam keadaan apapun juga, putusan arbitrase akan tetap tidak terpengaruh oleh pelanggaran ini (lihat Bab ini, bawah, di VI.3).

Walaupun Konvensi New York tidak memiliki klausa penyelesaian sengketa (*dispute-resolution clause*), Konvensi New York adalah sebuah perjanjian internasional yang melahirkan kewajiban untuk Negara Peserta di bawah hukum internasional.

Sebagaimana dijelaskan di atas, Negara Peserta telah setuju untuk mengakui dan menegakkan putusan arbitrase asing dan untuk mengakui perjanjian arbitrase. Saat suatu pihak mengajukan permohonan eksekusi dan/atau pengakuan putusan arbitrase atau perjanjian arbitrase yang termasuk dalam lingkup Konvensi, sebuah Negara Peserta harus menggunakan Konvensi New York. Negara tersebut tidak dapat memaksakan kondisi prosedural yang secara substansial lebih berat dibandingkan kondisi yang mengatur putusan arbitrase domestik.

Dalam Negara Peserta, organ utama yang berwenang untuk mengaplikasikan Konvensi New York adalah pengadilan. Dalam hukum internasional, tidakan pengadilan dianggap sebagai tindakan negara tersebut sendiri. Dengan demikian, jika sebuah pengadilan tidak mengaplikasikan Konvensi, mengaplikasikannya secara salah, atau mendasarkan penolakan untuk pengakuan atau eksekusi atas alasan yang dipertanyakan yang tidak diatur dibawah Konvensi, pertanggungjawaban internasional negara forum akan dapat dimintakan.

Begitu pemberitahuan (*notification*) dari Konvensi efektif untuk Negara Peserta tertentu, pertanggungjawaban negara tersebut akan diamati pada level internasional, dengan tidak mementingkan apakah Konvensi telah dengan benar diimplementasikan melalui legislasi nasional atau apakah Konvensi telah dipublikasikan atau

dipromulgasi dengan cara lain dibawah peraturan domestik. Dengan demikian, fakta bahwa teks Konvensi, sebagai contoh, telah tidak dipublikasikan dalam berita negara yang relevan tidak mengubah kewajiban negara untuk tunduk atas Konvensi dibawah hukum internasional.

VI. 2. PELANGGARAN PERJANJIAN INVESTASI

Tergantung pada situasi, pelanggaran kewajiban untuk mengakui dan menegakkan perjanjian arbitrase dan putusan arbitrase dapat menimbulkan pelanggaran dari sebuah perjanjian internasional lain. Hal ini dapat terjadi atas Konvensi Eropa mengenai Hak Asasi Manusia (*European Convention on Human Rights*), terutama untuk Protokol pertamanya, dan sebagaimana ditunjukkan dengan perkembangan terbaru, atas perjanjian investasi. Melalui perjanjian investasi, negara-negara memberikan jaminan bagi investor asing, di antara perlindungan lain, untuk menerima perlakuan yang adil dan wajar (*fair and equitable*) dan tidak akan mengalami ekspropriasi (kecuali kondisi-kondisi spesifik dipenuhi). Dua keputusan baru dalam arbitrase perjanjian investasi telah menetapkan bahwa sebuah negara telah melanggar kewajibannya dibawah sebuah perjanjian investasi bilateral karena pengadilan domestiknya telah gagal untuk mengakui sebuah perjanjian arbitrase yang sah.⁸

VI. 3. PUTUSAN ARBITRASE TIDAK DIPENGARUHI

Sebuah putusan arbitrase tidak akan terpengaruh oleh penolakan pelaksanaan atau pengakuan dari suatu negara yang melanggar

Konvensi New York. Putusan negara tersebut hanya akan dapat dijalankan di wilayah negara tersebut. Dengan demikian, pihak yang dimenangkan akan tetap berhak untuk mengacu pada putusan arbitrase dan mengajukan permohonan pelaksanaannya di negara-negara lain.

8. *Saipem SpA v. Bangladesh*, *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID) case no. ARB/05/07 dan *Salini Costruttori SpA v. Jordan*, ICSID case no. ARB/02/13, kedua-duanya tersedia di <www.icsid.worldbank.org>.

BAB II PERMOHONAN EKSEKUSI PERJANJIAN ARBITRASE

DAFTAR ISI

- I. PENGANTAR
- II. FITUR DASAR DARI REZIM KONVENSI MENGENAI PERJANJIAN ARBITRASE
 - II.1. Perjanjian Arbitrase diasumsikan Sah
 - II.2. Pihak-Pihak dari Perjanjian Arbitrase yang Sah Harus Dirujuk ke Arbitrase
 - II.3. Cara untuk “Merujuk” Pihak-Pihak ke Arbitrase
 - II. 4. Tidak adanya Rujukan *Ex Officio*
- III. PRINSIP YANG BERLAKU UMUM
 - III.1. Arbiter Memiliki Yurisdiksi untuk Menentukan Sendiri Yurisdiksinya
 - III.2. Lingkup *Judicial Review* atas Perlawanan (*Challenge*) terhadap Yurisdiksi Majelis Arbiter
 - III.3. Klausula Arbitrase Pada Umumnya Tidak Terperngaruh oleh Tidak Berlakunya (*Invalidity*) Kontrak Utama
 - III.4. Waktu untuk Permintaan Rujukan dalam Proses Pengadilan
 - III.5. Tidak Diperlukannya Pertimbangan atas Proses Arbitrase Konkuren
- IV. PETA PANDUAN (*ROAD MAP*) UNTUK PASAL II
 - IV.1. Apakah Perjanjian Arbitrase Jatuh di Bawah Lingkup Konvensi?
 - IV.2. Apakah Perjanjian Arbitrase Dibuktikan Secara Tertulis?
 - IV.2.1 Latar Belakang Teoretis
 - IV.2.2 Praktek

- (i) Klausula arbitrase yang dimasukkan dalam dokumen yang direferensikan dalam dokumen utama (isu “*incorporation by reference*”, atau penggabungan dengan referensi)
 - (ii) Klausula arbitrase di dokumen kontrak tidak ditandatangani, namun kemudian dilaksanakan oleh semua pihak sesuai ketentuan-ketentuannya
 - Penawaran kontrak dikirimkan dengan klausula arbitrase dan dikonfirmasi. Namun konfirmasi mengandung reservasi atau *conditions subsequent*
 - Penawaran kontrak mengandung klausula arbitrase dikirimkan oleh satu pihak ke pihak lainnya, yang tidak memberikan jawaban namun tetap melaksanakan kontrak
 - (iii) Perjanjian arbitrase terkandung dalam pertukaran komunikasi elektronik
- IV. 3. Apakah Perjanjian Arbitrase Ada dan Sah Secara Substantif?
 - IV.3.1 Latar Belakang Teoretis
 - IV.3.2 Praktek
 - (i) “Batal demi hukum” (*null and void*)
 - (ii) “Tidak berlaku” (*inoperative*)
 - (ii) “Tidak dapat diberlakukan” (*incapable of being performed*)
 - Di mana rujukan kepada arbitrase opsional
 - Di mana kontrak merujuk pada arbitrase dan yurisdiksi pengadilan
 - Di mana peraturan arbitrase atau institusi arbitrase ditunjuk dengan salah (*inaccurately*)
 - Di mana tidak ada indikasi apapun mengenai bagaimana arbitrator akan ditunjuk (“*blank clauses*”)
 - IV.4. Apakah Ada Sengketa, Apakah Sengketa Muncul dari Hubungan Hukum yang Jelas, Baik Kontraktual maupun Bukan, dan Apakah merupakan Kehendak dari Para Pihak untuk Menyelesaikan Sengketa Terkait melalui Arbitrase?

- IV.4.1 Latar Belakang Teoretis
- IV.4.2. Praktek
 - (i) Apakah bahasa (*language*) dalam klausa arbitrase seharusnya diartikan secara luas?
 - (ii) Bagaimana jika perjanjian arbitrase mengandung beberapa pengecualian atas ruang lingkupnya?
- IV.5. Apakah Perjanjian Arbitrase Mengikat pada Pihak-Pihak yang Berperkara di Depan Pengadilan?
 - IV.5.1 Latar Belakang Teoretis
 - (i) Perjanjian arbitrase hanya mengikat para pihaknya
 - (ii) Non-penandatanganan (*non-signatories*) juga dapat menjadi pihak dalam perjanjian arbitrase
 - (iii) Bagaimana cara menentukan lingkup subyektif perjanjian arbitrase
 - IV.5.2 Praktek
 - (i) Kapan tepatnya tergugat memiliki hak untuk dirujuk ke arbitrase?
 - (ii) Bagaimana jika pengadilan menetapkan bahwa tergugat tidak terikat pada perjanjian arbitrase?
- IV.6 Apakah atas Sengketa Tertentu Ini Dapat Diselesaikan Melalui Arbitrase?
 - IV.6.1. Pokok Masalah yang “Dapat Diselesaikan melalui Arbitrase” berarti “dapat Diarbitrasekan (*Arbitrable*)”?
 - IV.6.2. Hukum yang Berlaku atas Penetapan Kemampuan Diarbitrasekan
 - IV.6.3. Perjanjian Arbitrase Internasional Harus Tunduk kepada Standar Konsisten Kemampuan Diarbitrasekan
- V. RINGKASAN

I. PENGANTAR

Sebagaimana dijelaskan dalam Bab I, Konvensi New York bertujuan untuk mendorong penyelesaian sengketa internasional melalui arbitrase. Dengan tujuan ini, merupakan suatu hal yang mendasar untuk memastikan bahwa pengadilan Negara Peserta akan memberikan efek atas persetujuan para pihak untuk berarbitrase dan putusan arbitrase yang dihasilkan.

Berkaitan dengan perjanjian arbitrase, para pembuat perjanjian berupaya untuk memastikan kehendak awal para pihak bahwa penyelesaian sengketa mereka melalui arbitrase tidak akan dapat dihambat oleh pengajuan sengketa secara sepihak ke pengadilan. Sesuai dengan hal ini, para penyusun menetapkan kondisi-kondisi di mana pengadilan harus mengarahkan para pihak ke arbitrase, dan membatasi alasan bagi suatu pihak dari perjanjian arbitrase untuk menantang keabsahannya.

Hal ini mengarah kepada dipakainya Pasal II, yang berbunyi sebagai berikut:

- “(1) Tiap Negara Peserta akan mengakui sebuah perjanjian tertulis di mana para pihak setuju untuk mengajukan ke arbitrase semua perbedaan atau perbedaan apapun yang telah muncul atau akan muncul diantara mereka dalam hal hubungan legal yang ditentukan, baik kontraktual maupun bukan, berkenaan dengan pokok masalah yang dapat diselesaikan dengan arbitrase.
- (2) Istilah ‘perjanjian tertulis’ termasuk klausa arbitrase dalam kontrak atau perjanjian arbitrase, yang ditandatangani para pihak atau terkandung dalam pertukaran surat atau telegram.
- (3) Pengadilan dalam Negara Peserta, saat menerima perkara dengan pokok permasalahan di mana para pihaknya telah membuat perjanjian dalam pengertian Pasal ini, akan, berdasarkan

permohonan salah satu pihak, merujuk para pihak kepada arbitrase, kecuali pengadilan menetapkan perjanjian batal demi hukum (*null and void*), tidak berlaku (*inoperative*), atau tidak dapat diberlakukan (*incapable of being performed*).”

Sebelum mengeluarkan putusan arbitrase, terdapat keadaan-keadaan di mana pengadilan dapat memeriksa keberatan atas keabsahan perjanjian arbitrase. Situasi yang paling umum adalah saat, sebagaimana disebutkan dalam Pasal II(3), suatu keadaan dimana para pihak telah memiliki perjanjian arbitrase oleh para pihaknya tetap dibawa ke pengadilan, dan tergugat mengajukan permohonan bagi pengadilan untuk merujuk perkara tersebut pada arbitrase. Terlebih lagi, sebuah permohonan dapat diajukan untuk dikeluarkannya pernyataan bahwa perjanjian arbitrase spesifik tersebut sah atau tidak sah. Secara serupa pengadilan juga dapat menerima permohonan *injunction* anti-arbitrase atau diminta untuk mengambil langkah-langkah untuk mendukung proses arbitrase – seperti menetapkan arbiter – yang akan dilawan oleh pihak lainnya atas dasar tidak sahnya perjanjian arbitrase.

Saat berhadapan dengan situasi seperti ini, pengadilan harus mengikuti tujuan Konvensi dan praktik-praktik terbaik yang telah berkembang dalam Negara Peserta selama lebih dari lima puluh tahun.

II. FITUR DASAR REJIM KONVENSI DALAM PERJANJIAN ARBITRASE

II.1 PERJANJIAN ARBITRASE DIASUMSIKAN SAH

Penyusun Konvensi berniat untuk mentiadakan kemungkinan bagi suatu pihak dari perjanjian arbitrase untuk mengingkari komitmennya untuk berarbitrase, dan justru pengajuan perkara ke pengadilan. Sesuai dengan hal ini, Konvensi menetapkan rezim “pro-pelaksanaan”, “pro-arbitrase” yang bersandar pada keabsahan presumtif – formal dan substantif – dari perjanjian arbitrase. (“Tiap Negara Peserta akan mengakui sebuah perjanjian tertulis...”). Keabsahan presumtif ini hanya dapat dibalikkan dengan alasan tertentu yang terbatas (“kecuali pengadilan menetapkan *perjanjian batal demi hukum* (*null and void*), *tidak berlaku* (*inoperative*), atau *tidak dapat diberlakukan* (*incapable of being performed*).”

Bias pro-pelaksanaan ini berarti bahwa Konvensi New York menggantikan perundang-undangan nasional yang kurang menguntungkan. Pengadilan tidak dapat menetapkan ketentuan yang lebih ketat dibawah peraturan nasional atas keabsahan perjanjian arbitrase (seperti, pada contohnya, ketentuan bahwa klausa arbitrase dalam kontrak harus ditandatangani secara terpisah).

Sebaliknya, beberapa pengadilan semakin menganggap bahwa Pasal II(2) memperbolehkan ketergantungan pada legislasi nasional yang lebih menguntungkan. Jika hukum negara memperbolehkan perjanjian arbitrase ditentukan secara verbal, atau secara implisit, hukum inilah yang akan digunakan. (Lihat juga Bab I pada V.1.) Aspek ini dibahas dalam Bab ini pada IV.2.

II. 2. PIHAK-PIHAK DARI PERJANJIAN ARBITRASE YANG SAH HARUS MERUJUK KEPADA ARBITRASE

Saat pengadilan menetapkan adanya perjanjian arbitrase yang sah, pengadilan harus merujuk para pihak ke arbitrase atas permohonan salah satu pihak, dan tidak menyelesaikan sengketa tersebut sendiri. Mekanisme pelaksanaan ini diatur di Pasal II(2). Konvensi bertujuan untuk tidak meninggalkan bagi pengadilan untuk menggunakan diskresi dalam hal ini.

II.3. CARA “MERUJUKKAN” PIHAK KE ARBITRASE

“Perujukan ke arbitrase” harus dimengerti sebagai memiliki arti penundaan proses pengadilan menunggu arbitrase, atau pembubaran gugatan karena tidak adanya yurisdiksi, sesuai dengan arbitrase nasional atau hukum prosedural.

II.4. TIDAKADANYA PERUJUKAN *EX OFFICIO*

Pengadilan hanya dapat mereferensikan para pihak ke arbitrase “*atas permintaan salah satu pihak*”, yang mengecualikan hal ini dilakukan atas mosi pengadilan sendiri.

III. PRINSIP YANG BERLAKU UMUM

Konvensi tidak dengan spesifik menyokong prinsip “*competence-competence*,” pemeriksaan terbatas atas perjanjian arbitrase oleh pengadilan dalam tahap pra-arbitrase ataupun prinsip keterpisahan (*severability*). Meskipun demikian, maksud dan tujuan Konvensi akan dapat terpenuhi dengan lebih baik jika prinsip-prinsip ini diikuti.

III.1. Arbiter Memiliki Yurisdiksi Untuk Menentukan Yurisdiksinya Sendiri

Prinsip “*competence-competence*” (juga terkadang disebut sebagai *Kompetenz-Kompetenz*) memperbolehkan arbiter untuk mengadili perlawanan atas yurisdiksinya dan bahkan mencapai kesimpulan bahwa arbiter tidak memiliki yurisdiksi.

Fungsi ini esensial bagi arbiter untuk melaksanakan tugasnya dengan benar. Akan menjadi halangan yang besar bagi proses arbitrase jika sengketa harus dialihkan ke pengadilan hanya karena keberadaan atau keabsahan perjanjian arbitrase telah dipertanyakan.

Konvensi tidak secara eksplisit mengharuskan pemakaian prinsip *competence-competence*. Meski demikian, Konvensi tidak netral dalam hal ini. Pasal II(3) dan V(1) dari Konvensi tidak melarang majelis arbiter dan pengadilan, kedua-duanya, untuk mengadili pertanyaan yurisdiksi arbiter dalam menangani sengketa tersebut. Ketentuan Pasal V(1)(a) dan V(1)(c) – berkaitan dengan pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase – terlebih lagi mengisyaratkan bahwa majelis arbiter telah mengeluarkan putusan arbitrase terlepas keberadaan perlawanan yurisdiksi.

III. 2. LINGKUP *JUDICIAL REVIEW* ATAS PERLAWANAN (*CHALLENGE*) TERHADAP YURISDIKSI MAJELIS ARBITER

Konsep “*competence-competence*” telah diinterpretasikan oleh beberapa pengadilan, terutama di Amerika Serikat, dengan mempertimbangkan bias pro-pelaksanaan Konvensi. Dengan demikian, prioritas telah diberikan atas penentuan yurisdiksi majelis arbiter oleh majelis arbiter tersebut sendiri dan pengujian pengadilan-pengadilan atas perjanjian arbitrase yang konon (*purportedly*) batal demi hukum, tidak berlaku, atau tidak dapat diberlakukan tetap sebatas superfisial (atau *prima*

facie) pada tahap awal sengketa. Pengadilan-pengadilan ini telah menetapkan bahwa perjanjian arbitrase hanya tidak sah dalam kasus-kasus yang terlihat jelas.

Mengikuti pendekatan ini, pengadilan-pengadilan hanya akan didorong untuk meninjau secara menyeluruh penemuan majelis arbiter saat menerima permintaan untuk eksekusi perjanjian arbitrase atau dalam tahap pengesampingan (hal yang terakhir tidak diatur dalam Konvensi).

Interpretasi ini bukannya tanpa kontroversi. Walaupun posisi yang dijabarkan diatas nampak diinginkan sesuai dengan maksud dan tujuan Konvensi, tidak ada ketentuan eksplisit dalam Konvensi yang menghalangi pengadilan-pengadilan untuk melakukan peninjauan menyeluruh atas perjanjian arbitrase dan menetapkan keputusan yang final dan mengikat akan keabsahannya dalam tahap awal sengketa.

III.3. KLAUSA ARBITRASE PADA UMUMNYA TIDAK TERPERNGARUH OLEH TIDAK BERLAKUNYA (INVALIDITY) KONTRAK UTAMA

Terkait dengan erat dengan prinsip "*competence-competence*" adalah prinsip pemisahan klausa arbitrase dari kontrak prokoknya (juga dikenal sebagai "*separability*" atau "*the autonomy of the arbitration clause*").

Prinsip ini menyiratkan bahwa, pertama, keabsahan kontrak utama tidak secara prinsip mempengaruhi keabsahan perjanjian arbitrase yang terkandung di dalamnya; dan kedua, kontrak utama dan perjanjian arbitrase dapat diatur oleh hukum yang berbeda.

III.4. WAKTU UNTUK PERMINTAAN RUJUKAN DALAM PROSES PENGADILAN

Konvensi tidak menetapkan tenggat waktu untuk mengajukan permohonan rujukan ke arbitrase. Apakah permohonan ini seharusnya diajukan sebelum *submission* pertama tentang pokok perkara atau dapatkah hal ini diajukan sewaktu-waktu? Dengan tidak adanya ketentuan tentang hal ini dalam Konvensi, jawaban terletak pada hukum arbitrase nasional atau hukum prosedural. Jika salah satu pihak gagal mengajukan permohonan dengan tepat waktu, pihak tersebut dapat dianggap telah melepaskan hanya untuk berarbitrase dan bahwa perjanjian arbitrase menjadi *inoperative*.

Kebanyakan hukum nasional menetapkan bahwa perujukan ke arbitrase harus dimintakan sebelum pembelaan atas pokok perkara, i.e., *in limine litis*.

III.5. TIDAK DIPERLUKANNYA PERTIMBANGAN ATAS PROSES ARBITRASE KONKUREN

Diterima atau tidaknya sebuah permohonan untuk rujukan dan yurisdiksi pengadilan atasnya harus ditentukan terlepas apakah proses arbitrase telah diinisiasi, kecuali diatur sebaliknya dalam hukum arbitrase nasional.

Meski hal ini tidak ditetapkan dalam Konvensi, kebanyakan pengadilan menganggap bahwa permulaan riil proses arbitrase bukan merupakan syarat untuk meminta pengadilan untuk mengrujuk sengketa ke arbitrase.

IV. PETA PANDUAN (ROAD MAP) UNTUK PASAL II

Saat menerima tantangan atas keabsahan perjanjian arbitrase untuk kepentingan Pasal II Konvensi, pengadilan harus menanyakan pertanyaan-pertanyaan berikut kepada dirinya sendiri:

1. Apakah perjanjian arbitrase jatuh di bawah lingkup konvensi?
2. Apakah perjanjian arbitrase dibuktikan secara tertulis?
3. Apakah perjanjian arbitrase ada dan sah secara substantif?
4. Apakah ada sengketa, apakah sengketa muncul dari hubungan hukum yang ditetapkan, baik kontraktual maupun bukan, dan Apakah merupakan Kehendak dari Para Pihak untuk Menyelesaikan Sengketa Terkait melalui Arbitrase?
5. Apakah perjanjian arbitrase mengikat pada pihak-pihak yang berperkara di depan pengadilan?
6. Apakah atas sengketa tertentu ini dapat diajukan arbitrase?

Para pihak harus dirujuk ke arbitrase apabila jawaban-jawaban atas pertanyaan ini positif.

IV.1. APAKAH PERJANJIAN ARBITRASE JATUH DI BAWAH LINGKUP KONVENSI?

Agar sebuah perjanjian arbitrase dapat mendapatkan perlindungan Konvensi, perjanjian arbitrase harus berada dibawah lingkup Konvensi (lihat Bab I di II.2).

IV.2. APAKAH PERJANJIAN ARBITRASE DIBUKTIKAN SECARA TERTULIS?

Pasal II(1) menyatakan bahwa perjanjian arbitrase harus dibuat secara “tertulis”. Ketentuan ini didefinisikan dalam Pasal II(2) sebagai termasuk “sebuah klausa arbitrase dalam kontrak atau perjanjian arbitrase, yang ditandatangani oleh para pihak atau terkandung dalam pertukaran surat atau telegram”.

IV.2.1 Latar Belakang Teoretis

Pelaksanaan perjanjian arbitrase tidak akan dapat berlangsung di bawah Konvensi jika syarat tertulis di bawah Pasal II tidak terpenuhi.

Konvensi menetapkan peraturan internasional yang seragam. Penyusunnya berupaya untuk mencapai konsensus dalam hal yang dalam perundang-undangan nasional telah - dan tetap - diatur dengan pendekatan berbeda, dengan menetapkan hukum substantif yang relatif liberal berkenaan syarat tertulis yang dimenangkan atas hukum domestik.

Pasal II(2) dengan demikian menetapkan standar “maksimum” yang tidak memungkinkan Negara Peserta untuk menetapkan syarat-syarat tambahan atau syarat-syarat formal yang lebih berat di bawah hukum nasional. Contoh dari syarat -syarat yang lebih berat termasuk syarat bahwa perjanjian arbitrase harus ditulis dalam atau ukuran tertentu, dibuat dalam akta publik atau dengan tandatangan terpisah, dan sebagainya.

Selain menetapkan standar maksimum, Pasal II(2) dulu dianggap juga menetapkan ketentuan internasional minimum, yang mengatur bahwa pengadilan tidak berhak untuk menetapkan syarat yang lebih ringan daripada bentuk tertulis yang ditetapkan dibawah Konvensi. Meski demikian, hal ini sudah bukan lagi pengertian umum.

Mengikuti praktek dagang internasional kini, Pasal II(2) telah semakin sering dipahami untuk tidak membatasi aplikasi standar format yang lebih ringan (*less stringent*) oleh Negara Peserta.

Interpretasi ini didukung oleh Pasal VII(1) yang menyatakan bahwa

“[K]etentuan dalam Konvensi ini tidak akan ... mengurangi hak pihak yang terkait untuk memanfaatkan (*avail himself*) putusan arbitrase arbitrase dengan cara dan sebatas diperbolehkan oleh hukum atau perjanjian internasional negara di mana putusan arbitrase tersebut dimintakan untuk diandalkan.”

Klausula ini bertujuan untuk memperbolehkan aplikasi ketentuan nasional atau internasional yang mungkin lebih menguntungkan bagi pihak yang terkait. Meskipun Pasal VII(1) telah diadopsi berkaitan dengan eksekusi putusan arbitrase arbitrase, sebuah tren dapat dilihat untuk juga mengaplikasikan hal ini untuk perjanjian arbitrase (lihat berkaitan dengan Pasal VII(1), Bab I pada V.1).

Meski demikian, pendekatan ini tidak diterima secara universal. Banyak pengadilan telah berusaha untuk memenuhi tuntutan modern perdagangan internasional dengan tidak menghilangkan (*dispensing*) Pasal II(2) sepenuhnya, namun dengan menafsirkannya secara luas - dengan bersedia menerima bahwa ada persetujuan tertulis - atau menginterpretasinya sebagai hanya mencontohkan pengertian persetujuan “tertulis” dalam pengertian Pasal II(1).

Kedua pendekatan ini telah didukung oleh *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL) dalam Rekomendasi pada 7 Juli 2006 (lihat **Annex III**). UNCITRAL merekomendasikan

“Pasal II, paragraph 2, dari [Konvensi] diaplikasikan sebagai mengakui bahwa ketentuan yang dideskripsikan dibawahnya tidak dibatasi”

dan bahwa

“Pasal VII paragraf 1 dari [Konvensi] harus diaplikasikan untuk memperbolehkan pihak terkait untuk mengklaim hak yang mungkin dimilikinya, di bawah hukum atau perjanjian internasional dari negara di mana perjanjian arbitrase diminta untuk diandalkan, untuk mencari pengakuan atas keabsahan perjanjian arbitrase tersebut”.

IV.2.2. *Praktek*

Sebagaimana disebutkan diatas, terdapat sebuah tren yang meluas untuk menggunakan syarat “tertulis” di bawah Konvensi secara liberal, sesuai dengan pendekatan pro-pelaksanaan dan praktek internasional kini di mana kontrak-kontrak dieksekusi melalui medium-medium (*means*) berbeda. Aplikasi yang tidak fleksibel dari syarat tertulis Konvensi akan mengkontradiksi penggunaan bisnis yang terkini dan meluas, dan akan berlawanan dengan dorongan pro-pelaksanaan Konvensi.

Praktek dalam bidang ini menunjukkan bahwa pengadilan-pengadilan nampaknya secara umum mengikuti prinsip pedoman yang mengakibatkan perjanjian arbitrase dianggap sah di mana dapat dengan layak ditetapkan bahwa penawaran untuk berarbitrase - secara tertulis - telah diterima (bahwa telah ada “meeting of the minds”). Penerimaan ini dapat ditunjukkan dengan cara-cara berbeda, dan tergantung pada fakta spesifik kasus.

Adalah suatu hal yang jelas bahwa perjanjian arbitrase yang ditandatangani oleh kedua belah pihak, atau sebuah klausa arbitrase yang diinkorporasi kedalam kontrak yang ditandatangani, memenuhi standar tertulis. Tidak ada kebutuhan untuk tandatangan yang terpisah untuk klausa arbitrase.

Terlebih lagi, di bawah Pasal II(2), sebuah perjanjian arbitrase yang terkandung dalam pertukaran surat, telegram, atau komunikasi-komunikasi serupa memenuhi standar bentuk tertulis. Dalam hal ini, dan berlawanan dengan bagian pertama Pasal II(2) – yang merujuk pada “klausa arbitrase dalam sebuah kontrak atau sebuah perjanjian arbitrase, yang ditandatangani oleh para pihak” – tidak ada syarat bahwa surat dan telegram ditandatangani.

Terlepas dari situasi-situasi jelas tersebut, terdapat situasi di mana keberatan terhadap keabsahan formal dari perjanjian arbitrase dapat diajukan. Beberapa situasi yang umum termasuk:

- (i) *Klausa arbitrase yang dimasukkan dalam dokumen yang direferensikan dalam dokumen utama (isu “incorporation by reference” atau penggabungan dengan referensi)*

Merupakan sebuah hal yang umum dalam prakteknya bahwa dokumen kontrak utama mengacu pada ketentuan-ketentuan dan kondisi-kondisi standar atau bentuk standar lainnya, yang dapat mengandung klausa arbitrase.

Konvensi tidak membahas hal ini. Tidak ada indikasi eksplisit apakah klausa arbitrase yang diinkorporasi dengan referensi memenuhi syarat formal yang ditetapkan dalam Pasal II

Solusi atas isu ini harus tergantung pada kasus spesifik. Selain mempertimbangan status para pihak –e.g., pengusaha (*businessperson*) berpengalaman – dan pemakaian (*usages*) dari industry spesifik, kasus di mana dokumen utama secara eksplisit merujuk kepada klausa arbitrase yang termasuk dalam ketentuan dan kondisi standar

(*standard terms and conditions*) akan lebih mudah ditentukan untuk memenuhi syarat formal dibawah Pasal II Konvensi dibandingkan kasus-kasus di mana kontrak utama hanya mengacu kepada aplikasi format standar tanpa referensi langsung pada klausa arbitrase.

Kriteria pemenuhan keabsahan formal seharusnya adalah disampaikannya dokumen referensi yang mengandung klausa arbitrase ke pihak lainnya yang berlawanan sebelum atau saat pembuatan atau pemenuhan kontrak. Apabila terdapat bukti yang memperlihatkan fakta bahwa para pihak telah atau seharusnya telah mengetahui keberadaan perjanjian arbitrase yang diinkorporasi dengan referensi, pengadilan secara umum memiliki kecenderungan untuk mendukung keabsahan formal dari perjanjian arbitrase.

Sebagai contoh, klausa arbitrase dapat dianggap disetujui saat klausa dimasukkan dalam dokumen tender yang direferensikan dalam *terms and conditions* standar,¹ atau dalam *terms and conditions* standar yang dirujuk oleh order pembelian – sepanjang *terms and conditions* telah dilampirkan atau menjadi bagian order pembelian.²

Pengadilan memiliki pandangan yang berbeda akan apakah referensi dalam konosemen (*bill of lading*) kepada perjanjian charter (*charter-party*) yang mengandungi perjanjian arbitrase cukup. Dalam hal ini juga, kriteria yang direkomendasikan adalah apakah para pihak telah atau seharusnya mengetahui keberadaan perjanjian arbitrase. Jika konosemen secara spesifik mereferensikan klausa arbitrase dalam

1. *Perancis*: Cour d’Appel, Paris, 26 Maret 1991 (*Comité Populaire de la Municipalité d’El Mergheh v. Société Dalico Contractors*) Revue de l’Arbitrage 1991, hlm. 456
2. *Amerika Serikat*: United States District Court, Western District of Washington, 19 Mei 2000 (*Richard Bothell and Justin Bothell/Atlas v. Hitachi, et al.*, 19 May 2000, 97 F.Supp.2d. 939 (W.D. Wash. 2000); Yearbook Commercial Arbitration XXVI (2001) hlm. 939-948 (US no. 342).

perjanjian charter, pada umumnya hal ini dianggap cukup.³ Pengadilan-pengadilan telah lebih jarang bersedia untuk menyatakan referensi umum ke perjanjian charter layak.⁴ Terlebih lagi, konosemen yang hanya mengacu pada perjanjian charter yang mengandung klausa arbitrase tidak dapat dianggap untuk membentuk persetujuan dari *consignee* untuk mengajukan sengketa potensial ke arbitrase, saat perjanjian charter tidak disampaikan kepada *consignee*.⁵

(ii) *Klausa arbitrase dalam dokumen kontraktual tidak ditandatangani, namun kemudian dilaksanakan oleh semua pihak sesuai ketentuan-ketentuannya*

Dalam hal ini, persetujuan untuk membawa sengketa ke arbitrase akan ditentukan dengan mempertimbangkan kondisi kasus terkait, karena batasan yang tegas tidak dapat dibuat.

- *Penawaran kontrak dikirim dengan klausa arbitrase dan dikonfirmasi. Namun konfirmasi mengandung reservasi umum atau conditions subsequent*

3. *Spainol*: Audencia Territorial, Barcelona, 9 April 1987 (*Pihak tidak disebutkan*) 5 *Revista de la Corte Española de Arbitraje* (1988-1989); *Yearbook Commercial Arbitration XXI* (1996) hlm. 671-672 (Spain no. 25).

4. *Amerika Serikat*: United States District Court, Southern District of New York, 18 Agustus 1977 (*Coastal States Trading, Inc. v. Zenith Navigation SA and Sea King Corporation*) *Yearbook Commercial Arbitration IV* (1979) hlm. 329-331 (US no. 19) dan United States District Court, Northern District of Georgia, Atlanta Division, 3 April 2007 (*Interested Underwriters at Lloyd's and Thai Tokai v. M/T SAN SEBASTIAN and Oilmar Co. Ltd.*) 508 F.Supp.2d (N.D. GA. 2007) hlm. 1243; *Yearbook Commercial Arbitration XXXIII* (2008) pp. 935-943 (US no. 619); *Philippines*: Supreme Court of the Republic of the Philippines, Second Division, 26 April 1990 (*National Union Fire Insurance Company of Pittsburgh v. Stolt-Nielsen Philippines, Inc.*) *Yearbook Commercial Arbitration XXVII* (2002) hlm. 524-527 (Philippines no. 1).

5. *Perancis*: Cour de Cassation, 29 November 1994, no. 92-14920.

Perbedaan harus ditarik antara penerimaan penawaran dan sebuah penawaran balik. Dapat dengan aman diasumsikan bahwa perjanjian arbitrase dapat dipertahankan sepanjang tidak ada keberatan langsung (*express*) untuk berarbitrase. Serupa dengan hal ini, potensi kondisi berikutnya (*conditions subsequent*) (e.g. ketentuan bahwa “konfirmasi ini tunduk pada rincian lebih lanjut”) tidak akan mempengaruhi klausa arbitrase, yang dapat dilihat sebagai sudah dengan tegas disetujui.⁶

- *Penawaran kontrak mengandung klausa arbitrase dikirimkan oleh satu pihak ke pihak lainnya, yang tidak memberikan jawaban namun tetap melaksanakan kontrak*

Situasi ini menimbulkan permasalahan persetujuan implisit untuk arbitrase atau “*implied arbitration*”. Aktifitas ekonomi pada umumnya dilaksanakan atas basis dokumen ringkasan (*summary documents*), seperti order pembelian atau nota pemesanan, yang tidak tentu menyaratkan balasan tertulis dari pihak lainnya.

Pada prinsipnya, persetujuan implisit tidak akan memenuhi syarat tertulis dibawah Konvensi dan beberapa pengadilan telah mendukung pendapat ini.⁷ Meski demikian, sejalan dengan pemahaman bahwa Konvensi berupaya untuk sesuai dengan praktek dagang internasional, beberapa pengadilan telah menetapkan bahwa persetujuan implisit atas penawaran yang terbuat secara tertulis (i.e.,

6. *Amerika Serikat*: United States Court of Appeals, Second Circuit, 15 February 2001 (*US Titan Inc. v. Guangzhou ZhenHua Shipping Co.*) 241 F.3d (2nd Cir. 2001) hlm. 135; *Yearbook Commercial Arbitration XXVI* (2001) pp. 1052-1065 (US no. 354).

7. Lihat e.g., *Jerman*: Oberlandesgericht, Frankfurt am Main, 26 Juni 2006 (*Manufacturer v. Buyer*) IHR 2007 hlm. 42-44; *Yearbook Commercial Arbitration XXXII* (2007) hlm. 351-357 (Germany no. 103).

melalui pemenuhan kewajiban kontraktual⁸ atau aplikasi penggunaan dagang (*trade usages*) yang membolehkan membuat perjanjian arbitrase secara implisit⁹ harus dianggap cukup untuk memenuhi Pasal II(2).

Pada 2006, UNCITRAL mengamandemen Pasal 7 (Definisi dan bentuk perjanjian arbitrase) dari *Model Law on International Commercial Arbitration* (lihat **Annex II**), dan menawarkan dua Opsi berbeda. Opsi I menawarkan definisi fleksibel dari perjanjian tertulis:

“Pasal 7(3). Sebuah perjanjian arbitrase dianggap tertulis jika isinya dicatat dalam bentuk apapun, tidak soal apabila perjanjian arbitrase atau kontrak telah dibuat secara verbal, *dengan tindakan*, atau dengan cara lain.”

Definisi ini mengakui catatan dari “isi” perjanjian “dalam bentuk apapun” yang setara dengan tulisan tradisional. Bentuk tertulis tetap diperlukan.

Opsi II menghilangkan syarat bentuk tertulis.

Walaupun amendemen ini tidak memiliki efek langsung terhadap Konvensi New York, amendemen-amendemen ini mengindikasikan sebuah tren penafsiran yang lebih liberal dari syarat Konvensi.

Terlebih lagi, UNCITRAL telah merekomendasikan bahwa Pasal II(2) dari Konvensi New York diterapkan dengan “mengakui situasi yang dideskripsikan di dalamnya sebagai tidak menyeluruh (*exhaustive*)” (lihat Bab ini, atas, di IV.2.1 dan **Annex II**)

-
8. *United States*: United States District Court, Southern District of New York, 6 Augustus 1997 (*Kahn Lucas Lancaster, Inc. v. Lark International Ltd.*) Yearbook Commercial Arbitration XXIII (1998) hlm. 1029-1037 (US no. 257).
 9. *Jerman*: Bundesgerichtshof, 3 Desember 1992 (*Buyer v. Seller*) Yearbook Commercial Arbitration XX (1995) hlm. 666-670 (Germany no. 42).

(iii) *Perjanjian arbitrase terkandung dalam pertukaran komunikasi elektronik*

Formulasi kata dalam Pasal II(2) bermaksud untuk mencakup cara (*means*) komunikasi yang ada pada tahun 1958. Pasal ini dapat dengan secara wajar ditafsirkan untuk juga termasuk cara komunikasi modern yang setara. Kriteria yang diterapkan adalah seharusnya ada catatan tertulis dari perjanjian arbitrase. Semua bentuk komunikasi yang memenuhi kriteria ini harus dianggap sesuai dengan Artikel II(2), yang termasuk fax dan email.

Berkenaan dengan email, pendekatan konservatif mengindikasikan bahwa bentuk tertulis di bawah Konvensi akan terpenuhi jika tandatangan dapat diandalkan secara elektronik atau pertukaran efektif komunikasi elektronik dapat dibuktikan melalui metode terpercaya lainnya. Hal ini merupakan pendekatan yang telah didukung oleh UNCITRAL dalam amendemen Model Law pada 2006 (lihat **Annex III**).

IV.3. APAKAH PERJANJIAN ARBITRASE ADA DAN SAH SECARA SUBSTANTIF?

Sebagaimana kontrak lainnya, perjanjian arbitrase tunduk pada peraturan pembentukan dan keabsahan substantif. Hal ini pada pokoknya diajukan dalam Artikel II(3) yang menyatakan bahwa pengadilan harus tunduk pada permohonan untuk perujukan ke arbitrase kecuali ditetapkan bahwa yang diduga sebagai perjanjian arbitrase merupakan “batal demi hukum, tidak berlaku, atau tidak dapat diberlakukan (*null and void, inoperative or incapable of being performed*)”.

Sebagaimana disebutkan di atas, harus dipertimbangkan bahwa perjanjian arbitrase yang jatuh di bawah lingkup Konvensi diasumsikan sah.

IV.3.1. Latar Belakang Teoretis

Walaupun bagian pertama Artikel V(1)(a) mereferensikan hukum di mana para pihak telah menyandarkan perjanjian arbitrase juga sebagai hukum yang berlaku untuk menentukan keabsahan perjanjian arbitrase (lihat Bab III), pada prakteknya para pihak jarang memilih hukum yang akan mengatur pembentukan dan keabsahan substantif perjanjian arbitrase sebelumnya. Dengan demikian, penentuan ini harus dibuat oleh pengadilan yang menerima keberatan terhadapnya. Terdapat beberapa kemungkinan, namun penyelesaian-penyelesaian yang paling umum diadopsi adalah (sebagaimana disebutkan di dalam Konvensi) hukum tempat arbitrase yang dapat berada di negara selain pengadilan (Artikel V(1)(a) peraturan kedua, dengan analogi), *lex fori* hukum yang mengatur kontrak secara keseluruhan. Beberapa yurisdiksi juga telah mendukung keabsahan perjanjian arbitrase tanpa referensi ke hukum nasional, dan secara kontras melakukan referensi eksklusif kepada niat umum para pihak. Pada umumnya, kuasa pendorong dibalik pilihan hukum substantif tampak sebagai hukum yang lebih menguntungkan bagi keabsahan perjanjian arbitrase.¹⁰

IV.3.2. Praktek

Istilah “batal demi hukum, tidak berlaku atau dapat diberlakukan” tidak dibahas oleh penyusun Konvensi. Penjelasan berikut bertujuan untuk memberikan makna pada istilah tersebut.

10. Formulasi pendekatan ini ditentukan di Artikel 178(2) dari *Private International Law Act Swiss* yang menyatakan:

“Mengenai substansi, perjanjian arbitrase akan sah jika ia memenuhi syarat hukum yang dipilih oleh para pihak atau hukum yang mengatur obyek sengketa, dan pada khususnya, hukum yang berlaku atas kontrak pokok, atau dengan hukum Swiss.”

(i) “Batal demi hukum”

Pengecualian “batal demi hukum” dapat diartikan untuk merujuk pada kasus di mana perjanjian arbitrase dipengaruhi oleh beberapa ketidakabsahan dari awal. Contoh umum argumen yang termasuk dalam kategori ini meliputi penipuan atau bujukan untuk penipuan, tindakan yang berlawanan dengan nurani baik (*unconscionability*), ilegalitas atau kesalahan. Cacat dalam pembentukan perjanjian arbitrase seperti ketidakmampuan atau tidak adanya otoritas juga termasuk (lihat juga Bab III IV.1, Pasal V (1) (a) ketidakmampuan).

Jika pengadilan menerima prinsip Keterpisahan (lihat Bab ini, atas, bagian III.3), hanyakk ketidakabsahan perjanjian arbitrase, dan bukan ketidakabsahan kontrak utama, akan mencegah pengadilan untuk merujuk para pihak ke arbitrase. Sebagai contoh, kontrak dengan isi pokok pembagian pasar yang melanggar aturan kompetisi adalah suatu hal yang ilegal. Namun, ilegalitas tersebut tidak mempengaruhi persetujuan untuk menyerahkan sengketa terkait dengan arbitrase seperti yang diungkapkan dalam klausul arbitrase yang terdapat dalam kontrak.

(ii) “Tidak berlaku”

Sebuah perjanjian arbitrase yang dianggap tidak berlaku dalam Pasal II (3) adalah perjanjian arbitrase yang pada satu waktu sah tapi tidak lagi memiliki efek.

Pengecualian “*inoperative*” biasanya mencakup kasus pelepasan hak (*waiver*), pencabutan, penolakan atau penghentian perjanjian arbitrase. Demikian pula, perjanjian arbitrase harus dianggap tidak berlaku jika sengketa yang sama antara pihak-pihak yang sama telah diputuskan dihadapan pengadilan atau pengadilan arbitrase (*res judicata* atau *ne bis in idem*).

(iii) *“Tidak dapat diberlakukan”*

Pertahanan ini termasuk kasus-kasus di mana arbitrase tersebut tidak bisa diteruskan karena hambatan fisik atau hukum.

Hambatan fisik untuk melanjutkan penyelesaian dengan arbitrase, seperti kematian seorang arbiter yang disebutkan dalam perjanjian arbitrase atau penolakan arbiter untuk menerima penunjukan, ketika penggantian arbiter secara jelas dikecualikan oleh para pihak. Tergantung pada ketentuan tertentu dari hukum yang berlaku, kasus ini dapat menyebabkan ketidakmungkinan melakukan perjanjian arbitrase.

Jauh lebih sering, klausul arbitrase dapat dirancang dengan begitu buruknya sehingga secara hukum menghambat dimulainya proses arbitrase. Klausula-klausula demikian biasa disebut sebagai *“patologis”*. Sesungguhnya, perjanjian arbitrase tersebut sebenarnya batal demi hukum dan alasan ini sering diangkat di pengadilan. Klausula seperti itu harus ditafsirkan menurut hukum yang sama dengan yang mengatur pembentukan dan keabsahan substantif perjanjian arbitrase.

Skenario berikut umum dijumpai dalam praktek.

- *Apabila rujukan ke arbitrase bersifat opsional*

Beberapa perjanjian arbitrase menetapkan bahwa para pihak *“mungkin”* atau *“bisa”* merujuk sengketa mereka ke arbitrase. Kata permisif seperti ini membuat tidak pasti apakah para pihak berniat untuk merujuk sengketa ke arbitrase.

Klausul arbitrase yang sedemikian rupa harus tetap dijunjung tinggi, sesuai dengan prinsip umum penafsiran yang menjadi dasar interpretasi ketentuan kontrak sehingga memberikan efek untuk semua syarat, dan bukan untuk mencabut keberlakuan beberapa dari syarat-syarat tersebut.

- *Apabila kontrak memungkinkan adanya arbitrase serta yurisdiksi pengadilan*

Dalam kasus tersebut, terkadang dimungkinkan untuk menyelaraskan kedua ketentuan dan mengutamakan perjanjian arbitrase. Untuk mencapai hal ini pengadilan harus menetapkan tujuan utama dari para pihak. Secara khusus, para pihak harus dirujuk ke arbitrase hanya jika mereka memang menginginkan sengketa mereka diselesaikan dengan cara tersebut, apakah bersamaan dengan menggunakan mekanisme penyelesaian sengketa yang lain atau tidak.

Misalnya, Pengadilan Tinggi Singapura memutuskan bahwa kesepakatan yang secara *“tidak dapat ditarik kembali”* diserahkan kepada yurisdiksi pengadilan Singapura, tidak tentu, dengan konstruksi yang tepat, dianggap tidak dapat diselaraskan dengan ketentuan lain dari kontrak yang sama yang memungkinkan dilaksanakannya arbitrase. Pengadilan menemukan bahwa para pihak memang berniat agar sengketa mereka diputus dengan arbitrase dan bahwa rujukan kepada yurisdiksi Singapura beroperasi secara paralel dengan mengidentifikasi pengawasan pengadilan atas arbitrase (*lex arbitri*).¹¹

Penafsiran tersebut mengikuti prinsip umum yang menentukan bahwa ketentuan kontrak harus diinterpretasikan sehingga mengakibatkan berlakunya ketentuan tersebut.

- *Apabila peraturan arbitrase atau lembaga arbitrase tidak dibuat secara akurat*

Dalam beberapa kasus, tidak tepatnya beberapa klausula menyebabkan pengadilan tidak dapat menentukan forum arbitrase yang dipilih oleh para pihak. Arbitrase tidak dapat dilanjutkan dan pengadilan

11. *Singapore: High Court, 12 January 2009 (P.T. Tri-M.G. Intra Asia Airlines v. Norse Air Charter Limited)* Yearbook Commercial Arbitration XXXIV (2009) hlm. 758-782 (Singapore no. 7).

kemudian harus mengambil alih yurisdiksi atas sengketa. Dalam beberapa kasus lain, ketidaktepatan dapat diatasi dengan penafsiran yang berdasar dari ketentuan yang bersangkutan. Dalam kasus lain, pengadilan dapat menyelamatkan klausul patologis dengan memotong ketentuan yang membuatnya tidak dapat diterapkan, sementara masih mempertahankan perjanjian untuk menjalankan arbitrase.

Misalnya, Pengadilan Amerika Serikat untuk bagian Timur Wisconsin memeriksa perjanjian arbitrase (dalam versi bahasa Inggris) bahwa sengketa akan diselesaikan melalui arbitrase di Singapura “sesuai dengan Peraturan yang berlaku untuk Arbitrase Internasional” dan (dalam versi Cina) arbitrase yang akan dilaksanakan “di *Singapore International Arbitration Institution*”.¹² Pengadilan mengartikan hal ini sebagai memiliki arti untuk merujuk arbitrase ke “organisasi arbitrase terkenal yang dikenal sebagai Singapore International Arbitration Centre”.

- *Apabila tidak ada indikasi apapun tentang bagaimana para arbiter harus ditunjuk (“klausula kosong”)*

Dapat terjadi bahwa klausula arbitrase hanya menyatakan “*General average/ arbitration, if any, in London in the usual manner*” (“*General average / arbitrase, jika ada, di London sebagaimana biasanya*”).

Secara umum, klausul tersebut harus dilaksanakan hanya sejauh mengandung detail yang cenderung menghubungkan klausula kosong untuk sebuah negara yang pengadilannya dapat memberikan dukungan bagi arbitrase untuk dimulai.

“Penghubungan detail” tersebut dapat ditemukan dalam contoh yang diberikan diatas. Para pihak bisa memberlakukannya untuk

12. *Amerika Serikat: United States District Court, Eastern District of Wisconsin, 24 September 2008 (Slinger Mfg. Co., Inc. v. Nemark, S.A., et al.) Yearbook Commercial Arbitration XXXIV (2009) pp. 976-985 (US no. 656).*

pengadilan Inggris untuk memiliki arbiter yang ditunjuk. Klausula kosong juga bisa ditegaskan jika “cara biasa” yang dimaksud memungkinkan identifikasi elemen yang diperlukan untuk memicu dimulainya arbitrase. Ungkapan “cara biasa” dapat ditafsirkan sebagai referensi untuk praktek terdahulu di antara anggota komoditi yang sama atau asosiasi perdagangan, sehingga menunjukkan penerapan aturan arbitrase asosiasi ini, jika ada.¹³

Dalam tidak adanya “detail penghubung”, klausula kosong tidak bisa ditegaskan.

IV.4. APAKAH TERDAPAT SENGKETA, APAKAH SENGKETA TIMBUL DARI ADANYA SUATU HUBUNGAN HUKUM, KONTRAKTUAL ATAU BUKAN, DAN APAKAH PARA PIHAK BERMAKSUD UNTUK MENYELESAIKAN SENGKETA INI MELALUI ARBITRASE?

Agar arbitrase berlangsung, harus ada sengketa antara para pihak. Pengadilan tidak diharuskan untuk merujuk para pihak ke arbitrase di mana tidak ada sengketa antara mereka, meskipun hal ini sangat jarang terjadi.

Sengketa timbul dari adanya suatu hubungan hukum yang dapat berupa kontrak atau dalam perbuatan melawan hukum (*tort*). Apakah klaim terhadap perbuatan melawan hukum juga dicakup tergantung pada kata-kata dari klausul arbitrase, yaitu, apakah klausul tersebut memiliki pengertian yang luas dan apakah klaim terhadap perbuatan melawan hukum cukup terkait dengan klaim kontrak.

13. Lihat, e.g., *Italia: Corte di Appello, Genoa, 3 February 1990 (Della Sanara Kustvaart - Bevrachting & Overslagbedrijf BV v. Fallimento Cap. Giovanni Coppola srl, in liquidation)*, 46 *Il Foro Padano* (1991) cols. 168-171; *Yearbook Commercial Arbitration XVII* (1992) hlm. 542-544 (Italy no. 113).

Namun, pihak perjanjian arbitrase masih dapat memperdebatkan bahwa klaim yang diajukan terhadap pihak yang mengandalkan perjanjian arbitrase tidak masuk ke dalam lingkup perjanjian arbitrase.

IV.4.1. Latar Belakang Teoretis

Persyaratan bahwa sengketa yang bersangkutan masuk ke dalam lingkup perjanjian arbitrase agar para pihak dapat dirujuk ke arbitrase tersirat dalam Pasal II (3), yang menyatakan kondisi dimana suatu gugatan “masuk dalam hal yang telah diperjanjikan oleh para pihak berdasarkan pengertian dalam ketentuan ini”.

IV.4.2. Praktek

(i) *Apakah bahasa dalam klausul arbitrase harus ditafsirkan secara luas?* Pertanyaan kadang-kadang muncul apakah di dalam interpretasi yang ketat, istilah “timbul berdasarkan” (*arising under*) bisa dipahami sebagai memiliki arti yang lebih sempit dari “yang timbul dari” hubungan hukum yang ditetapkan. Pertanyaan serupa muncul berkaitan dengan ruang lingkup “yang berkaitan dengan” (*relating to*) dan “tentang” (*concerning*).

Namun, seperti yang terlihat di Pengadilan Tingkat Banding Inggris dalam kasus *Fiona Trust v Privalov*,¹⁴ perhatian harus lebih difokuskan pada apakah dapat disimpulkan bahwa para pihak bermaksud mengecualikan suatu sengketa dari yurisdiksi arbitrase. Sebagaimana dinyatakan oleh pengadilan,

14. *United Kingdom: England and Wales Court of Appeal, 24 January 2007 (Fiona Trust & Holding Corporation & Ors v. Yuri Privalov & Ors)* [2007] EWCA Civ 20, para. 17; *Yearbook Commercial Arbitration XXXII (2007)* hlm. 654-682 di [6] (UK no. 77).

“[p]elaku bisnis biasa akan terkejut dengan perbedaan yang ada dalam kasus-kasus dan waktu yang diambil untuk berargumentasi dalam memperdebatkan apakah kasus tertentu berada dalam satu set kata-kata atau satu set kata-kata lain yang sangat mirip”.

Keputusan itu dikonfirmasi oleh House of Lords yang “memuji” pendapat Pengadilan Tinggi.¹⁵

(ii) *Bagaimana jika perjanjian arbitrase berisi beberapa pengecualian atas ruang lingkungannya?*

Bahasa beberapa perjanjian arbitrase mungkin tampak hanya mencakup klaim jenis tertentu atau terbatas pada tujuan tertentu. Di sisi lain, kelemahan adanya sengketa-sengketa berdasarkan kontrak yang sama yang dialokasikan untuk yurisdiksi yang berbeda adalah hal yang substansial. Oleh karena itu, jika klausul arbitrase bersifat luas, hanya bukti paling kuat dari tujuan untuk mengecualikan klaim dari arbitrase yang dapat bertahan, terutama di mana pengecualiannya tidak jelas.

IV.5. APAKAH PERJANJIAN ARBITRASE MENGIKAT PARA PIHAK DALAM SENKETA DI PENGADILAN?

Sampai sejauh mana pihak yang tidak menandatangani perjanjian arbitrase dianggap sebagai pihak “asli” dari perjanjian arbitrase yang bersangkutan, dan mungkin secara sukses meminta rujukan ke arbitrase?

15. *United Kingdom: House of Lords, 17 October 2007 (Fili Shipping Company Limited (14th Claimant) and others v. Premium Nafta Products Limited 20th Defendant and others)* [2007] UKHL 40, para. 12; *Yearbook Commercial Arbitration XXXII (2007)* hlm. 654-682 di [45] (UK no. 77).

IV.5.1. Latar Belakang Teoretis

(i) *Perjanjian arbitrase hanya mengikat pihak dari perjanjian arbitrase yang bersangkutan*

Asas kepribadian kontrak berlaku atas perjanjian arbitrase. Hal ini berarti bahwa perjanjian arbitrase hanya memberikan hak dan membebaskan kewajiban kepada para pihaknya. Ruang lingkup perjanjian arbitrase sehubungan dengan para pihak akan disebut sebagai lingkup “subyektif”.

(ii) *Pihak yang bukan penandatanganan perjanjian dapat juga menjadi pihak dalam perjanjian arbitrase*

Ruang lingkup subjektif dari kontrak tidak dapat didefinisikan semata-mata dengan penandatanganan perjanjian arbitrase. Pihak yang tidak menandatangani juga mungkin menerima hak dan kewajiban yang timbul berdasarkan kontrak, dalam kondisi tertentu. Sebagai contoh, adalah hal yang umum bahwa dalam hubungan keagenan (*principal-agent*), kontrak yang ditandatangani oleh agen benar-benar mengikat *principal*. Suksesi, teori kelompok perusahaan, *piercing of the corporate veil* dan *estoppel*, diantara teori-teori lain, dapat juga berujung pada pemberian hak dan kewajiban dalam perjanjian arbitrase kepada pihak yang bukan anggota dari perjanjian.

Timbul pertanyaan apakah pengikatan pihak yang bukan penandatanganan perjanjian arbitrase dapat dilihat sebagai bertentangan dengan persyaratan penulisan yang ditetapkan dalam Konvensi. Jawaban yang paling meyakinkan adalah “tidak”. Sejumlah alasan mendukung pandangan ini.

Pertanyaan keabsahan formal terlepas dari penilaian pihak dalam perjanjian arbitrase, yang merupakan suatu hal yang termasuk dalam ranah substantif dan tidak tunduk pada persyaratan format. Setelah ditentukan bahwa perjanjian arbitrase formal yang sah ada, i langkah

yang berbeda diambil untuk menetapkan pihak yang terikat olehnya. Pihak ketiga yang tidak secara eksplisit disebutkan dalam perjanjian arbitrase yang dibuat secara tertulis dapat masuk ke dalam ranah *ratione personae*-nya. Selain itu, Konvensi tidak mencegah persetujuan untuk berarbitrase ditunjukkan oleh seseorang atas nama orang lain, sebuah gagasan yang berakar pada teori persetujuan tersirat.

(iii) *Cara menentukan ruang lingkup subjektif arbitrase perjanjian*

Pasal II (3) secara implisit mengharuskan pengadilan untuk menentukan ruang lingkup subjektif dari perjanjian arbitrase ketika menyatakan bahwa “[p]engadilan dari suatu negara, saat menerima klaim dalam hal yang mana para pihaknya membuat perjanjian dalam arti Pasal ini...” harus merujuk para pihak ke arbitrase.

Berbagai dasar hukum dapat diterapkan untuk mengikat pihak yang bukan merupakan pihak dari perjanjian arbitrase. Kelompok pertama meliputi teori persetujuan tersirat, pihak ketiga yang diuntungkan, penjamin, *assignment*, dan mekanisme transfer hak kontrak lainnya. Teori-teori ini bergantung pada niat para pihak yang dapat dilihat, dan, sebagian besar pada prinsip itikad baik. Teori-teori ini berlaku atas badan hukum swasta maupun publik. Kelompok kedua mencakup doktrin hukum keagenan, *apparent authority*, *veil piercing (alter ego)*, hubungan perusahaan patungan, suksesi dan *estoppel*. Teori-teori ini tidak bergantung pada niat para pihak tetapi lebih pada kekuatan hukum yang berlaku.

(iv) *Hukum yang berlaku untuk penentuan lingkup subjektif dari perjanjian arbitrase*

Atas dasar hukum mana harus ditentukan apakah subyek non-pihak terikat atau tidak pada perjanjian arbitrase?

Pada dasarnya, masalah ini harus ditangani sesuai dengan hukum yang mengatur perjanjian arbitrase. Dengan tidak adanya kesepakatan

para pihak tentang masalah ini, secara umum dipahami bahwa perjanjian arbitrase harus diatur oleh hukum tempat arbitrase atau hukum yang mengatur kontrak secara keseluruhan atau dalam beberapa kasus, *lex fori*. Namun, beberapa keputusan pengadilan telah melakukan pendekatan masalah melalui penerapan prinsip-prinsip internasional atau *lex mercatoria*, dan menganggap masalah ini terutama sebagai masalah fakta dan bukti.

IV.5.2. *Praktek*

(i) *Kapan tepatnya tergugat memiliki hal untuk dirujuk ke arbitrase?*

Jawabannya tergantung pada kasus spesifik. Sebuah pengadilan yang menghadapi pertanyaan ini harus menganalisa masalah dalam situasi dan memutuskan dalam konteks tersebut apakah itu diperdebatkan atau tidak bahwa subyek non-pihak dapat terikat dengan perjanjian arbitrase. Jika ya, tindakan yang paling baik adalah untuk merujuk para pihak ke arbitrase dan membiarkan majelis arbitrase memeriksa dan memutus tentang masalah tersebut. Pengadilan akan dapat meninjau keputusan majelis arbiter mengenai penggabungan subyek non-pihak arbitrase pada tahap penyisihan atau pelaksanaan penghargaan.

Pengadilan telah memberikan rujukan ke arbitrase dalam sengketa yang melibatkan subyek non-pihak atas dasar bahwa sengketa antara penandatanganan dan subyek non-pihak tampak *cukup* terhubung ke interpretasi atau pelaksanaan kontrak penandatanganan yang berisi klausul arbitrase. Dengan demikian, sengketa tersebut dinyatakan sebagai dapat *diargumentasikan* masuk dalam lingkup materi klausul arbitrase.

Dalam kasus Tingkat Pertama (*First Circuit*) tentang *Sourcing Unlimited Inc v Asimco International Inc.*,¹⁶ *Sourcing Unlimited* (*Jumpsourc*) telah menandatangani perjanjian kemitraan tertulis dengan ATL untuk membagi produksi bagian mekanik dan keuntungan atasnya. *Asimco* adalah anak perusahaan dari ATL dan keduanya memiliki Ketua yang sama. Perjanjian tersebut mengatur bahwa arbitrase akan diadakan di Cina. Hubungan kedua belah pihak memburuk dan *Jumpsourc* mengajukan gugatan terhadap *Asimco* dan Ketuanya di pengadilan Amerika Serikat, menggugat *Asimco* dengan intervensi disengaja atas hubungan kontraktual dan fidusia antara dirinya sendiri dengan ATL. Tergugat mengajukan permohonan untuk merujuk sengketa ke arbitrase. Mereka berpendapat bahwa meskipun mereka bukan penandatanganan perjanjian kemitraan, klaim *Jumpsourc* terhadap mereka harus didengar oleh pengadilan arbitrase sebagai masalah yang berusaha dilitigasikan dengan jelas muncul dari perjanjian kemitraan. Pengadilan mengabulkan permohonan ini. Pengadilan menetapkan bahwa “[s]engketa ini *cukup terkait* dengan Perjanjian *Jumpsourc-ATL* untuk klaim akan *estoppel* didengar”. (penekanan ditambahkan)

(ii) *Bagaimana jika pengadilan menemukan bahwa tergugat tidak terikat oleh kesepakatan arbitrase?*

Jika pengadilan tidak puas bahwa subyek non-pihak seharusnya terikat oleh perjanjian arbitrase, maka harus diputuskan apakah akan merujuk para pihak dalam perjanjian arbitrase ke arbitrase seraya mengasumsikan memiliki yurisdiksi atas sengketa dengan subyek non-pihak - atau, sebaliknya, untuk menganggap yurisdiksi atas seluruh sengketa.

Memang kekhawatiran yang mungkin diajukan adalah bahwa rujukan ke arbitrase dari pihak-pihak terkait bisa “memisah”

16.

penyelesaian kasus antara dua forum, dengan resiko setiap forum mencapai kesimpulan yang berbeda pada hal-hal berkaitan dengan fakta dan hukum yang sama.

Beberapa pengadilan Italia telah menetapkan bahwa ketika sengketa dibawa ke hadapan mereka melibatkan pihak perjanjian arbitrase serta pihak ketiga (yang dianggap pengadilan tidak terikat oleh perjanjian arbitrase) dan juga melibatkan klaim terhubung, yurisdiksi pengadilan “menyerap” seluruh sengketa dan perjanjian arbitrase menjadi “tidak mampu dilaksanakan”. Pemikiran tersebut kemungkinan tidak akan diikuti di yurisdiksi lain dan tidak boleh dianggap sebagai mencerminkan pendekatan universal.

Pasal II (3) mengharuskan pengadilan untuk merujuk para pihak perjanjian arbitrase ke forum arbitrase yang dipilih, ketika diminta untuk melakukannya, asalkan kondisi Pasal II (3) terpenuhi. Oleh karena itu, atas permintaan dari salah satu pihak, pengadilan akan membatasi untuk tidak mengarahkan pihak yang telah menandatangani perjanjian ke arbitrase sementara mengasumsikan yurisdiksi atas sengketa dengan subyek non-pihak.

IV.6. APAKAH JENIS SENGKETA INI DAPAT DISELESAIKAN DENGAN ARBITRASE?

Pengadilan dapat memeriksa adanya permohonan bahwa perjanjian arbitrase menyangkut materi pokok yang tidak “dapat diselesaikan melalui arbitrase” untuk tujuan Pasal II (1), dan karena itu, tidak dapat diakui atau dilaksanakan.

IV.6.1 Permasalahan “Dapat diselesaikan dengan Arbitrase” Berarti “Arbitrable”

Istilah ini diterima sebagai hal yang merujuk kepada hal-hal yang dianggap *non-“arbitrable”* karena mereka secara eksklusif berada di bawah kekuasaan dari pengadilan. Setiap Negara memang memutuskan hal yang dapat atau tidak dapat diselesaikan oleh arbitrase sesuai dengan kebijakan politik, sosial, dan ekonomi sendiri. Contoh klasik mencakup hubungan domestik (perceraian, hak asuh...), tindak pidana, tenaga kerja atau ketenagakerjaan, kebangkrutan, dll. Namun, ranah hal-hal *non-arbitrable* telah jauh berkurang dari waktu ke waktu sebagai konsekuensi dari meningkatnya penerimaan terhadap arbitrase. Sekarang tidak dikecualikan untuk aspek-aspek tertentu dari klaim tenaga kerja atau klaim yang berkaitan dengan kebangkrutan menjadi *arbitrable*.

Selain itu, banyak yurisdiksi terkemuka yang mengenali perbedaan antara arbitrase domestik murni dan yang bersifat internasional, dan memungkinkan adanya lingkup yang lebih luas mengenai permasalahan yang dapat diselesaikan melalui arbitrase sehubungan dengan arbitrase internasional.

IV.6.2. Hukum Yang Berlaku untuk Penentuan Arbitrability

Pasal II (1) tidak menjelaskan masalah hukum di mana *arbitrability* dapat ditentukan, menjadikannya wewenang pengadilan untuk memutuskan masalah ini.

Mengenai *arbitrability* pada tahap awal sengketa, pengadilan dapat memilih antara beberapa pilihan, termasuk *lex fori* (standar nasional pengadilan sendiri mengenai *arbitrability*), hukum tempat (*seat*) dilaksanakannya arbitrase, hukum yang mengatur perjanjian arbitrase para pihak; hukum yang mengatur pihak yang terlibat, ketika

perjanjian tersebut dibuat dengan Negara atau entitas Negara; atau hukum tempat putusan akan ditegakkan.

Dalam prakteknya, solusi yang paling cocok dan paling sedikit bermasalah adalah penerapan *lex fori*. Solusi ini adalah yang paling cocok (asalkan pengadilan akan memiliki yurisdiksi dalam hal tidak adanya perjanjian arbitrase) di bawah Konvensi karena pendekatan ini sesuai dengan Pasal V (2) (a) yang mengatur penerapan standar *arbitrability* dari *lex fori* dalam kaitannya dengan pelaksanaan putusan. Dan itu adalah solusi yang paling sedikit bermasalah karena penerapan standar asing *arbitrability* oleh pengadilan domestik dibuat sulit karena standar-standar tersebut tidak selalu terkandung dalam undang-undang melainkan ditetapkan oleh kasus, menyiratkan penyelidikan menyeluruh perintah hukum asing.

Dalam kasus yang melibatkan suatu negara sebagai pihak, sekarang sudah diterima secara umum bahwa Negara tidak boleh mengajukan hukumnya sendiri terhadap *non-arbitrability* dari suatu permasalahan.

IV.6.3. *Perjanjian Arbitrase Internasional Harus Tunduk pada Standar Konsisten Arbitrability*

Dalam hal apapun, standar *arbitrability* harus ditafsirkan berkaitan dengan asumsi keabsahan perjanjian arbitrase internasional yang tercantum dalam Konvensi. Dengan demikian tidak semua pengecualian *non-arbitrability* yang mungkin berhasil sehubungan dengan perjanjian arbitrase domestik murni dapat berguna diajukan terhadap perjanjian arbitrase internasional.

Tidak ada kriteria universal untuk membedakan antara pengecualian *non-arbitrability* yang mungkin diabaikan dalam kasus-kasus internasional. Beberapa undang-undang berisi definisi formal

(seperti keragaman kebangsaan), yang lainnya merujuk lebih intuitif untuk “transaksi internasional” tanpa definisi lebih lanjut.

V. RINGKASAN

Berdasarkan gambaran singkat dari rezim Konvensi tentang pelaksanaan perjanjian arbitrase, beberapa ringkasan prinsip berikut berlaku sehubungan dengan perjanjian arbitrase yang termasuk dalam lingkup Konvensi:

1. Konvensi ini telah dibuat untuk mempromosikan penyelesaian sengketa melalui arbitrase internasional. Konvensi ini telah membentuk sebuah rezim “pro-pelaksanaan”, “pro-arbitrase”.
2. Sebuah perjanjian arbitrase harus diselenggarakan secara resmi berlaku ketika pengadilan cukup puas bahwa tawaran untuk menengahi sengketa dengan arbitrase - dibuat secara tertulis - terpenuhi dengan penerimaan oleh pihak lain. Konvensi ini menetapkan bentuk standar maksimum yang seragam Namun, pengadilan dapat menerapkan standar nasional secara kurang tegas dari yang ditetapkan dalam Pasal II.
3. Pengadilan hanya dapat memperbolehkan sejumlah dasar hukum nasional mengenai non-eksistensi dan ketidakabsahan.
4. Sebuah perjanjian arbitrase dapat mengikat subyek non-pihak.
5. Pengadilan harus memeriksa adanya sengketa antara para pihak.
6. *Non-arbitrability* tidak secara langsung diatur oleh Konvensi, tetapi ditangguhkan ke rezim hukum nasional. Namun, pengecualian *non-arbitrability* harus diakui secara terbatas.

BAB III
PERMINTAAN UNTUK PENGAKUAN DAN PELAKSANAAN
PUTUSAN ARBITRASE

DAFTAR ISI

- I. PENDAHULUAN**
- II. TAHAP I - PERSYARATAN YANG HARUS DIPENUHI OLEH PEMOHON (Pasal IV)**
 - II.1. Dokumen Apa Saja?
 - II.2. Putusan Arbitrase Otentik atau Salinan yang Sah (*Pasal IV (1) (a)*)
 - II.2.1. Otentikasi
 - II.2.2. Sertifikasi
 - II.3. Perjanjian Arbitrase Asli atau Salinan yang Sah (*Pasal IV (1) (b)*)
 - II.4. Pada Waktu Permohonan
 - II.5. Terjemahan (*Pasal IV (2)*)
- III. TAHAP II - ALASAN UNTUK PENOLAKAN (PASAL V) - UMUM**
 - III.1. Tidak ada Peninjauan Ulang Substansi
 - III.2. Beban bagi Tergugat untuk Membuktikan Alasan yang Dibatasi
 - III.3. Alasan Terbatas untuk Penolakan Pengakuan dan Pelaksanaan
 - III.4. Interpretasi Sempit Alasan untuk Penolakan
 - III.5. Kuasa Diskresioner yang Terbatas untuk Melaksanakan dengan Adanya Alasan untuk Penolakan
- IV. ALASAN UNTUK PENOLAKAN HARUS DIBUKTIKAN OLEH TERGUGAT (PASAL V (1))**
 - IV.1. Alasan 1: Ketidakmampuan Pihak dan Tidak Berlakunya Perjanjian Arbitrase (*Pasal V(1)(a)*)
 - IV.1.1 Ketidakmampuan Pihak

- IV.1.2. Tidak Berlakunya Perjanjian Arbitrase
 - IV.2. Alasan 2: Kurangnya Pemberitahuan dan Pelanggaran Proses Hukum; Hak atas Pemeriksaan yang Adil (*Pasal V(1)(b)*)
 - IV.2.1 Hak atas Pemeriksaan yang Adil
 - IV.2.2 Kurangnya Pemberitahuan
 - IV.2.3 Pelanggaran Proses Hukum: “Tidak dapat Menyampaikan Pendapat”
 - IV.3 Alasan 3: Di luar atau Melebihi Lingkup Perjanjian Arbitrase (*Pasal V(1)(c)*)
 - IV.4 Alasan 4: Penyimpangan dalam Komposisi Majelis Arbiter atau Prosedur Arbitrase
 - IV.4.1. Komposisi Majelis Arbiter
 - IV.4.2. Prosedur Arbitrase
 - IV.5. Alasan 5: Putusan Arbitrase Tidak Mengikat, Disampingkan atau Ditangguhkan
 - IV.5.1. Putusan Arbitrase Belum Mengikat
 - IV.5.2. Putusan Arbitrase Dikesampingkan atau Ditangguhkan
 - (i) Putusan arbitrase dikesampingkan
 - (ii) Konsekuensi dari dikesampingkannya putusan arbitrase
 - (iii) Putusan arbitrase “ditangguhkan”
- V. ALASAN UNTUK PENOLAKAN DIANGKAT OLEH PENGADILAN EX OFFICIO (PASAL V(2))**
 - V.1. Alasan 6: Tidak dapat Diarbitrase (*Pasal V(2)(a)*)
 - V.2. Alasan 7: Berlawanan dengan Kepentingan Umum (*Pasal V(2)(b)*)
 - V.2.1. Contoh Pengakuan dan Pelaksanaan
 - V.2.2. Contoh Penolakan Pengakuan dan Pelaksanaan
- VI. KESIMPULAN**

I. PENDAHULUAN

Pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase pada prinsipnya dapat dikabulkan oleh pengadilan di mana saja. Dalam negara-negara di luar tempat dimana putusan arbitrase dibuat, pelaksanaan pada umumnya didasarkan atas Konvensi New York. Akibat hukum dari pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase pada prakteknya dibatasi ke dalam wilayah di mana pengadilan yang mengabulkan memiliki yurisdiksi.

Pengadilan nasional diharuskan di bawah Pasal III untuk mengakui dan melaksanakan putusan arbitrase asing sesuai dengan peraturan prosedural di wilayah dimana permohonan untuk pengakuan dan pelaksanaan dibuat (lihat Bab I) dan sesuai dengan kondisi yang diatur dalam Konvensi.

Hukum nasional dapat menerapkan tiga jenis ketentuan untuk melaksanakan putusan arbitrase:

- Teks spesifik yang mengimplementasi Konvensi New York
- Teks yang mengatur arbitrase internasional secara spesifik
- Hukum arbitrase umum negara tersebut.

Pasal III mewajibkan Negara Peserta untuk mengakui putusan arbitrase yang diatur oleh Konvensi sebagai mengikat kecuali putusan arbitrase tersebut jatuh ke dalam salah satu alasan untuk penolakan sebagaimana dijelaskan maknanya oleh Pasal V. Meski demikian, pengadilan dapat melaksanakan putusan arbitrase atas dasar ketentuan yang lebih menguntungkan (di bawah Pasal VII(1), lihat Bab I). Contoh hal-hal yang tidak diatur dalam Konvensi dan dengan demikian diatur dengan hukum nasional adalah:

- pengadilan yang memiliki kompetensi untuk menerima permohonan;

- penunjukan alat bukti;
- pembatasan waktu;
- penyitaan (*conservatory measures*);
- apakah atas dikabulkannya atau penolakan pengakuan dan pelaksanaan arbitrase dapat diajukan banding atau upaya hukum;
- kriteria untuk eksekusi atas aset-aset;
- sejauh apa proses pengakuan dan pelaksanaan arbitrase dirahasiakan

Bagaimanapun, penerapan syarat yang berkenaan dengan yurisdiksi tidak dapat sedemikian rupa sehingga menyebabkan negara mengingkari kewajiban internasionalnya untuk melaksanakan putusan arbitrase asing (lihat Bab I di VI).

Konvensi New York mensyaratkan bahwa kondisi yang secara substansial lebih berat, atau biaya atau pungutan yang lebih tinggi tidak dapat diterapkan atas pengakuan atau pelaksanaan putusan arbitrase dimana Konvensi berlaku, dibandingkan yang diterapkan atas pengakuan atau pelaksanaan putusan arbitrase domestik. Ketentuan ini tidak menyebabkan permasalahan dalam prakteknya, dan telah diterapkan dalam berbagai aspek pelaksanaan. Mahkamah Agung Kanada memutuskan bahwa, sebagai contoh, bahwa di bawah Pasal III tidak ada provinsi Kanada yang dapat menerapkan batasan waktu untuk mencari pelaksanaan yang lebih singkat, dan dengan demikian lebih memberatkan, dari tenggat waktu yang paling ringan yang tersedia di manapun di Kanada untuk putusan arbitrase domestik.²⁵

25. *Kanada: Supreme Court of Canada, 20 May 2010 (Yugraneft Corporation v. Rexx Management Corporation)* Yearbook Commercial Arbitration XXXV (2010) hlm. 343- 345 (Canada no. 31).

Aturan prosedural (*rules of procedure*) sebagaimana dimaksud dalam Konvensi New York hanya berlaku sebatas pada pertanyaan seperti bentuk permohonan dan otoritas yang kompeten saat Konvensi New York tunduk terhadap hukum nasional. Meski demikian, syarat untuk pelaksanaan (*conditions for the enforcement*) adalah syarat yang ditetapkan dalam Konvensi New York sendiri dan secara eksklusif diatur oleh Konvensi New York, i.e., pemohon – pihak yang mencari pengakuan atau pelaksanaan – hanya perlu mengajukan dokumen asli atau salinan perjanjian arbitrase dan putusan arbitrase, dan kemungkinan juga terjemahannya, dan tergugat hanya dapat mengandalkan alasan terbatas yang terdapat dalam Konvensi New York. Aspek-aspek ini akan diperiksa dengan lebih rinci di bawah.

Setelah pemohon mengajukan dokumen yang diatur di Pasal IV, ia berhak untuk mendapatkan pengakuan dan pelaksanaan atas putusan arbitrase kecuali tergugat membuktikan bahwa salah satu atau beberapa alasan penolakan pengakuan dan pelaksanaan yang secara terbatas dinyatakan dalam Pasal V(1) berlaku, atau pengadilan memutuskan bahwa salah satu alasan di Pasal V(2) berlaku.

Peraturan umum yang harus diikuti oleh para pengadilan adalah bahwa alasan untuk penolakan yang diatur dalam Pasal V harus diartikan secara sempit, yang berarti bahwa adanya alasan-alasan ini hanya dapat diterima dalam kasus-kasus serius. Hal ini terutama benar mengenai klaim pelanggaran kepentingan umum, yang sering diangkat oleh pihak yang dikecewakan oleh putusan arbitrase, namun klaim ini sangat jarang diterima oleh pengadilan. Sebagai contoh, walaupun London merupakan salah satu pusat finansial dunia dimana pihak-pihak kerap meminta pelaksanaan putusan arbitrase, tidak ada kasus yang tercatat di mana pengadilan Inggris telah menolak putusan arbitrase asing atas dasar kepentingan umum

Sampai dengan 2010, *Yearbook Commercial Arbitration ICCA*, dalam pelaporannya atas Konvensi selama tiga puluh lima tahun hanya menemukan dalam sepuluh persen kasus pengakuan dan pelaksanaan telah ditolak atas dasar alasan-alasan dalam Konvensi walaupun persentasi ini telah sedikit meningkat dalam tahun-tahun terakhir ini.

Pendekatan pengadilan atas pelaksanaan putusan arbitrase di bawah Konvensi New York dengan

- **bias pro-pelaksanaan yang kuat dan**
- **pendekatan pragmatis, fleksibel, dan tidak formal.**

Pendekatan liberal yang dapat dipuji ini menggunakan secara penuh potensi perjanjian yang sukses ini, dimana 145 negara merupakan pihaknya, untuk mengabdikan pada dan mempromosikan perdagangan internasional (lihat Ikhtisar pada I.2)

II. TAHAP I - PERSYARATAN YANG HARUS DIPENUHI OLEH PEMOHON (Pasal IV)

Dalam fase pemeriksaan ini, pemohon memiliki beban pembuktian dan kewajiban untuk mengajukan dokumen sebagaimana diatur dalam Konvensi New York (Pasal IV). Pemohon hanya harus mengajukan bukti *prima facie*. Tahap I diatur dengan bias pro-pelaksanaan dan pola pikir praktis pengadilan tempat putusan dilaksanakan.

II.1 DOKUMEN APA SAJA?

Saat meninjau permintaan untuk pengakuan dan/atau pelaksanaan penghargaan, pengadilan memastikan bahwa pemohon pada waktu permohonan telah mengajukan:

- Putusan arbitrase asli yang telah diotentikasi atau salinannya yang sah (Pasal IV(1)(a));
- Perjanjian asli yang direferensikan dalam Pasal II atau salinan yang sah (Pasal IV(1)(b)); dan
- Terjemahan dari dokumen-dokumen ini ke dalam bahasa negara dimana putusan arbitrase akan diandalkan, jika relevan (Pasal IV(2)).

II.2. PUTUSAN ARBITRASE YANG DIOTENTIKASI ATAU SALINAN SAHNYA

II.2.1. Otentikasi

Otentikasi putusan arbitrase adalah proses di mana tandatangan di atasnya dikonfirmasi sebagai asli oleh pejabat yang berwenang. Tujuan dari otentikasi putusan arbitrase asli atau salinan resmi dari putusan arbitrase ini adalah untuk mengkonfirmasi bahwa putusan arbitrase adalah teks otentik dan telah dibuat oleh para arbiter yang ditunjuk. Sangatlah luar biasa jika hal ini akan bermasalah dalam prakteknya.

Konvensi tidak menentukan hukum yang mengatur persyaratan otentikasi. Konvensi juga tidak menunjukkan apakah persyaratan otentikasi berasal dari negara di mana putusan arbitrase itu dibuat atau syarat-syarat dari negara dimana pengakuan atau pelaksanaan. Sebagian besar pengadilan tampaknya menerima segala bentuk otentikasi yang sesuai dengan hukum dari salah satu yurisdiksi. Mahkamah Agung Austria, dalam sebuah keputusan awal, secara

tegas mengakui bahwa otentikasi dapat dibuat baik di bawah hukum negara di mana putusan arbitrase dibuat atau berdasarkan hukum negara di mana pelaksanaan dari putusan arbitrase ini dimintakan.²⁶ Pengadilan tempat pelaksanaan lainnya menggunakan hukumnya sendiri.²⁷

Mahkamah Agung Austria baru-baru ini mengakui bahwa

“Konvensi New York tidak menjelaskan dengan jelas apakah hanya syarat keaslian atau keakuratan di negara di mana putusan arbitrase dibuat berlaku atas putusan arbitrase dan perjanjian arbitrase atau salinannya, atau apakah persyaratan atas sertifikasi dokumen asing di negara tempat pengakuan juga harus dipatuhi”

dan menyimpulkan bahwa

“Mahkamah Agung konsisten mendukung ... pendapat bahwa persyaratan sertifikasi Austria tidak berlaku eksklusif [S]esuai dengan hal ini Mahkamah Agung menetapkan bahwa sertifikasi sesuai dengan hukum negara dimana putusan arbitrase dibuat dianggap cukup”²⁸

Dokumen hanya bertujuan untuk membuktikan keaslian putusan arbitrase dan fakta bahwa putusan arbitrase itu dibuat atas dasar

26. Lihat, e.g. *Austria*: Oberster Gerichtshof, 11 June 1969 (*para pihak tidak diindikasikan*) Yearbook Commercial Arbitration II (1977) hlm. 232 (Austria no. 3).

27. Lihat, e.g. *Italy*: Corte di Cassazione, 14 March 1995, no. 2919 (*SODIME – Società Distillerie Meridionali v. Schuurmans & Van Ginneken BV*) Yearbook Commercial Arbitration XXI (1996) hlm. 607-609 (Italy no. 140).

28. *Austria*: Oberster Gerichtshof, 3 September 2008 (*O Limited, et al. v. C Limited*) Yearbook Commercial Arbitration XXXIV (2009) hlm. 409-417 (Austria no. 20).

perjanjian arbitrase yang didefinisikan dalam Konvensi. Untuk alasan ini, pengadilan Jerman berpendapat bahwa otentikasi tidak diperlukan ketika keaslian penghargaan ini tidak diperdebatkan: lihat, misalnya, dua keputusan terbaru Pengadilan Banding Munich.²⁹

Hanya telah ada hanya beberapa kasus di mana suatu pihak telah gagal untuk memenuhi persyaratan prosedural sederhana ini (misalnya, dalam kasus pada tahun 2003 di hadapan Mahkamah Agung Spanyol, pemohon hanya menyediakan salinan putusan arbitrase yang tidak disertifikasi dan non-otentik).³⁰ Pengadilan mungkin tidak memerlukan pihak untuk menyerahkan dokumen tambahan atau menggunakan persyaratan prosedural sebagai hambatan bagi sebuah aplikasi dengan menginterpretasikannya secara ketat.

II.2.2. Sertifikasi

Tujuan dari sertifikasi adalah untuk mengkonfirmasi bahwa salinan dari putusan arbitrase ini adalah identik dengan aslinya. Konvensi tidak menentukan hukum yang mengatur prosedur sertifikasi, yang umumnya dianggap diatur oleh *lex fori*.

Kategori-kategori dari orang yang berwenang untuk mengesahkan salinan biasanya akan sama dengan kategori-kategori orang yang berwenang untuk mengotentikasi putusan arbitrase asli.

29. *Jerman*: Oberlandesgericht, Munich, 17 December 2008 (*Seller v. German Assignee*) Yearbook Commercial Arbitration XXXV (2010) hlm. 359-361 (Germany no. 125) dan Oberlandesgericht, Munich, 27 February 2009 (*Carrier v. German Customer*) Yearbook Commercial Arbitration XXXV (2010) hlm. 365-366 (Germany no. 127)

30. *Spanyol*: Tribunal Supremo, Civil Chamber, Plenary Session, 1 April 2003 (*Satico Shipping Company Limited v. Maderas Iglesias*) Yearbook XXXII (2007) hlm. 582-590 (Spain no. 57).

Selain itu, sertifikasi oleh Sekretaris Jenderal dari lembaga arbitrase yang mengelola arbitrase dianggap cukup dalam kebanyakan kasus.

II.3. PERJANJIAN ARBITRASE ASLI ATAU SALINAN YANG SAH (*Pasal IV (1) (b)*)

Ketentuan ini hanya mengatur bahwa pihak yang mencari pelaksanaan putusan arbitrase harus menyediakan dokumen yang *prima facie* merupakan perjanjian arbitrase yang sah. Pada tahap ini pengadilan tidak perlu mempertimbangkan apakah perjanjian tersebut “tertulis” sebagaimana diatur dalam Pasal II (2) (lihat Bab II di IV.2) atau berlaku di bawah hukum yang berlaku.³¹

Pemeriksaan substantif keabsahan perjanjian arbitrase dan kepatuhan dengan Pasal II (2) Konvensi berlangsung selama tahap II dari proses pengakuan atau pelaksanaan (lihat Bab ini, di bawah, pada IV.1. Pasal V (1) (a)).

Pengadilan di negara-negara di mana hukum nasionalnya tidak mengharuskan pemohon untuk menyediakan perjanjian arbitrase asli atau salinan resmi mungkin sama sekali tidak menggunakan syarat ini sama sekali dalam penerapan prinsip *more-favorable-right* dalam Pasal VII Konvensi (lihat Bab I di V.1). Hal ini berlaku pada pengadilan-pengadilan Jerman, yang secara konsisten berpendapat bahwa pemohon yang menghendaki pelaksanaan putusan arbitrase asing di Jerman di bawah Konvensi hanya perlu menyediakan putusan arbitrase asli yang diotentikasi atau salinan yang sah.³²

II.4. PADA WAKTU PERMOHONAN

31. Lihat, e.g., *Singapura*: Supreme Court of Singapore, High Court, 10 May 2006 (*Aloe Vera of America, Inc v. Asianic Food (S) Pte Ltd and Another*) Yearbook Commercial Arbitration XXXII (2007) hlm. 489-506 (Singapore no. 5).

32. Lihat untuk contoh yang baru, *Jerman*: Oberlandesgericht, Munich, 12 October 2009 (*Swedish Seller v. German Buyer*) Yearbook Commercial Arbitration XXXV (2010) hlm. 383-385 (Germany no. 134).

Jika dokumen tidak disampaikan pada saat permohonan diajukan, pengadilan pada umumnya memperbolehkan para pihak untuk memenuhi kekurangan ini selama proses pemeriksaan pelaksanaan putusan arbitrase.³³

Meskipun demikian, pengadilan Italia menganggap bahwa penyediaan dokumen merupakan salah satu prasyarat memulai proses pengakuan atau pelaksanaan putusan arbitrase, dan jika syarat ini tidak dipenuhi, permohonan akan dianggap tidak dapat diterima. Mahkamah Agung Italia telah dengan konsisten menemukan bahwa perjanjian arbitrase original, atau salinan sahnya, harus diserahkan pada saat pengajuan permohonan pelaksanaan putusan arbitrase; jika tidak, permohonan tidak dapat diterima. Kekurangan ini dapat diperbaiki dengan mengajukan permohonan yang baru untuk pelaksanaan.³⁴

II.5. TERJEMAHAN (*Artikel IV(2)*)

Pihak yang menghendaki pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase harus menyerahkan terjemahan putusan arbitrase dan putusan arbitrase original sebagaimana disebutkan dalam Pasal IV(1)(a) dan (b) jika dokumen tersebut tidak dibuat dalam bahasa resmi negara dimana pengakuan dan pelaksanaan dimintakan (Pasal IV(2)).

33. Lihat, e.g. See, e.g., *Spainol*: Tribunal Supremo, 6 April 1989 (*Sea Traders SA v. Participaciones, Proyectos y Estudios SA*) Yearbook XXI (1996) hlm. 676-677 (Spain no. 27); *Austria*: Oberster Gerichtshof, 17 November 1965 (*Party from F.R. Germany v. Party from Austria*) Yearbook Commercial Arbitration I (1976) hlm. 182 (Austria no. 1).

34. Untuk contoh yang baru, lihat *Italia*: Corte di Cassazione, First Civil Chamber, 23 July 2009, no. 17291 (*Microware s.r.l. in liquidation v. Indicia Diagnostics S.A.*) Yearbook Commercial Arbitration XXXV (2010) hlm. 418-419 (Italy no. 182).

Pengadilan cenderung mengadopsi pendekatan pragmatis. Walaupun Konvensi tidak dengan tegas menyatakan bahwa terjemahan harus diserahkan saat pengajuan permohonan pengakuan dan pelaksanaan, sejumlah negara menyaratkan terjemahan untuk diserahkan saat pengajuan permohonan.

Contoh kasus dimana terjemahan tidak diperlukan adalah:

- Ketua Pengadilan Negeri Amsterdam menyatakan bahwa terjemahan putusan arbitrase dan perjanjian arbitrase tidak diperlukan karena dokumen tersebut “dibuat dalam bahasa Inggris, bahasa yang kami kuasai secara cukup untuk dapat mempertimbangkannya secara penuh”.³⁵
- Pengadilan Banding Zurich memutuskan tidak perlunya untuk diteruskannya terjemahan dari seluruh kontrak yang mengandung perjanjian arbitrase; terjemahan dari bagian yang mengandung klausa arbitrase dianggap cukup. Perlu diperhatikan bahwa kontrak konstruksi, dengan lampirannya, dapat mencapai sepanjang 1.000 halaman.³⁶

Contoh kasus dimana terjemahan diperlukan adalah:

- Pengadilan Banding Federal Argentina menentukan bahwa terjemahan yang dibuat oleh sebuah penerjemah pribadi - dan bukan penerjemah yang resmi atau dibawah sumpah - yang juga tidak memiliki izin untuk beroperasi di Provinsi dimana proses

35. *Belanda*: President, Rechtbank, Amsterdam, 12 July 1984 (*SPP (Middle East) Ltd.v. The Arab Republic of Egypt*) Yearbook Commercial Arbitration X (1985) hlm. 487-490 (Netherlands no. 10).

36. Swiss: Bezirksgericht, Zurich, 14 February 2003 and Obergericht, Zurich, 17 July 2003 (*Italian party v. Swiss company*) Yearbook Commercial Arbitration XXIX (2004) hlm. 819-833 (Switzerland no. 37).

pengadilan untuk pelaksanaan diadakan, tidak memenuhi syarat Konvensi.³⁷

- Mahkamah Agung Austria mempertimbangkan perkara dimana pemohon hanya mengajukan terjemahan atas amar putusan (*dispositive section*) putusan arbitrase ICC. Mahkamah Agung Austria menentukan bahwa perkara harus dikembalikan ke Pengadilan Tingkat Pertama dimana permohonan pelaksanaan ini telah dibuat supaya kekurangain ini dapat diperbaiki.³⁸

III. TAHAP II - ALASAN UNTUK PENOLAKAN (PASAL V) - PADA UMUMNYA

Tahap ini dicirikan dengan prinsip-prinsip umum sebagai berikut:

- tidak ada peninjauan ulang substansi;
- beban pada tergugat untuk membuktikan alasan yang dibatasi;
- alasan terbatas untuk penolakan pengakuan dan pelaksanaan;
- interpretasi sempit alasan untuk penolakan;
- kuasa diskresioner yang terbatas untuk mengabulkan pengakuan dan pelaksanaan meskipun jika salah satu alasan penolakan berlaku.

37. Argentina: Cámara Federal de Apelaciones, City of Mar del Plata, 4 December 2009 (*Far Eastern Shipping Company v. Arhenpez S.A.*) Yearbook Commercial Arbitration XXXV (2010) hlm. 318-320 (Argentina no. 3).

38. Austria: Oberster Gerichtshof, 26 April 2006 (*D SA v. W GmbH*) Yearbook Commercial Arbitration XXXII (2007) pp. 259-265 (Austria no. 16).

III.1. TIDAK ADA PENINJAUAN ULANG SUBSTANSI

Pengadilan tidak memiliki kewenangan untuk mengganti keputusan majelis arbiter atas substansi dengan keputusannya sendiri, bahkan jika arbiter telah membuat keputusan atas fakta atau hukum yang keliru.

Konvensi tidak memperbolehkan banding *de facto* atas isu-isu prosedural; Konvensi hanya menyediakan alasan-alasan untuk penolakan pengakuan atau pelaksanaan hanya jika pihak berwenang yang relevan menemukan adanya pelanggaran atas satu atau beberapa dari alasan-alasan untuk penolakan, yang mana banyak darinya yang melibatkan pelanggaran serius terhadap proses hukum.

III.2. BEBAN PADA TERGUGAT UNTUK MEMBUKTIKAN ALASAN YANG DIBATASI

Tergugat memiliki beban pembuktian, dan hanya dapat menolak pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase atas dasar alasan-alasan yang diatur dalam Pasal V(1). Alasan-alasan ini disebutkan secara terbatas (limitatif) dalam Konvensi New York. Pengadilan dapat menolak pengakuan dan pelaksanaan atas mosinya sendiri atas dasar dua alasan yang diidentifikasi dalam Pasal V(2).

III.3. ALASAN TERBATAS UNTUK MENOLAK PENGAKUAN DAN PELAKSANAAN

Singkatnya, pihak yang melawan pengakuan dan pelaksanaan dapat mengandalkan dan harus membuktikan satu dari lima alasan pertama:

- (1) Tidak ada perjanjian untuk berarbitrase yang sah (Pasal V(1)(a)) atas dasar ketidakmampuan para pihak atau inkeabsahan perjanjian arbitrase;
- (2) Tergugat tidak diberikan pemberitahuan yang cukup, atau tergugat tidak dapat menyampaikan pendapatnya (Pasal V(1)(b)) atas dasar pelanggaran proses hukum;
- (3) Putusan arbitrase berkenaan dengan sengketa yang tidak diatur dalam, atau melebihi, lingkup perjanjian arbitrase antara para pihak (Pasal V(1)(c));
- (4) Komposisi majelis arbiter atau prosedur arbitrase tidak sesuai dengan perjanjian para pihak, atau jika tidak ada perjanjian sedemikian rupa, tidak sesuai dengan hukum negara dimana arbitrase berlangsung (Pasal V(1)(d));
- (5) Putusan arbitrase belum mengikat para pihak, atau telah dikesampingkan atau ditangguhkan oleh pihak berwenang yang kompeten dalam negara dimana, atau atas dasar hukum mana, putusan arbitrase dibuat (Pasal V(1)(e)).

Alasan-alasan ini merupakan alasan-alasan terbatas yang dapat diandalkan oleh tergugat.

Pengadilan dapat, atas mosinya sendiri, menolak pengakuan dan pelaksanaan atas alasan-alasan yang disebutkan di bawah. Meski demikian, dalam prakteknya, tergugat dapat mengangkat alasan-alasan ini juga:

- (6) Pokok arbitrase tidak dapat diarbitrasekan di bawah hukum negara dimana pelaksanaannya dimintakan (Pasal V(2)(a));
- (7) Pelaksanaan putusan arbitrase akan melanggar kepentingan umum negara dimana pelaksanaan dimintakan (Pasal V(2)(b)).

III.4. INTERPRETASI SEMPIT TERHADAP ALASAN UNTUK PENOLAKAN

Mengingat tujuan Konvensi, yaitu untuk “menyatukan standar-standar atas ... pelaksanaan putusan arbitrase di negara-negara penandatanganan.”³⁹ (lihat Bab I di I.2), penyusun Konvensi berniat agar alasan-alasan untuk menentang pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase di bawah Konvensi hanya dikabulkan dalam kasus-kasus serius.

Kebanyakan pengadilan telah mengadopsi pendekatan terbatas atas interpretasi alasan-alasan Pasal V ini. Sebagai contoh, Pengadilan Banding Tingkat Ketiga Amerika Serikat menyatakan, pada 2003 dalam *China Minmetals Materials Import & Export Co., Ltd. v. Chi Mei Corp.*:

“Konsisten dengan kebijakan yang mendukung pelaksanaan putusan arbitrase asing, pengadilan-pengadilan secara terbatas memiliki pembelaan terbatas untuk menegakkan pembelaan yang diatur dalam Pasal V Konvensi, dan pada umumnya mengartikan pengecualian-pengecualian tersebut secara terbatas.”⁴⁰

Demikian pula dinyatakan oleh Pengadilan *Queen’s Bench* New Brinswick pada tahun 2004:

39. *Amerika Serikat*: Supreme Court of the United States, 17 June 1974 (*Fritz Scherk v. Alberto-Culver Co.*) Yearbook Commercial Arbitration I (1976) hlm. 203-204 (US no. 4).

40. *Amerika Serikat*: United States Court of Appeals, Third Circuit, 26 June 2003 (*China Minmetals Materials Import and Export Co., Ltd. v. Chi Mei Corporation*) Yearbook Commercial Arbitration XXIX (2004) hlm. 1003-1025 (US no. 459)

“Alasan untuk penolakan yang diatur dalam Pasal V Konvensi New York seharusnya diartikan secara sempit dan terbatas.⁴¹

Satu permasalahan yang tidak diatur dalam Konvensi adalah mengenai apa yang akan terjadi jika satu pihak ke arbitrase menyadari kekurangan dalam proses arbitrase namun tidak mengajukan protes sepanjang berlangsungnya arbitrase. Permasalahan yang sama timbul sehubungan dengan keberatan yang berkaitan dengan yurisdiksi yang diangkat untuk pertama kalinya dalam tahap pelaksanaan.

Prinsip umum itikad baik (*good faith*) (juga terkadang disebut sebagai *waiver* atau *estoppel*), yang berlaku atas materi prosedural sebagaimana substansial, harus mencegah para pihak untuk menyembunyikan argument-argumen.

Sebagai contoh:

- Pengadilan *Arbitrazh* (Komersil) Federal Distrik *Northwestern* di Federasi Rusia memutuskan bahwa keberatan yang berkaitan dengan tidak adanya yurisdiksi arbitrase yang tidak diangkat dalam arbitrase tidak dapat diangkat untuk pertama kalinya dalam proses pelaksanaan putusan arbitrase.
- Mahkamah Agung Spanyol menyatakan bahwa tidak dapat dimengerti bahwa tergugat “sekarang menolak perjanjian arbitrase atas dasar-dasar yang dulu dapat diangkat dalam arbitrase”.

41. *Kanada*: Brunswick Court of Queen’s Bench, Trial Division, Judicial District of Saint John, 28 July 2004 (*Adamas Management & Services Inc. v. Aurado Energy Inc.*) Yearbook Commercial Arbitration XXX (2005) hlm. 479-487 (Canada no. 18).

Prinsip ini juga digunakan oleh beberapa pengadilan jika suatu pihak tidak mengangkat alasan tersebut dalam proses hukum penyisihan (*setting-aside*):

- Pengadilan Banding Berlin menetapkan bahwa tergugat Jerman dihalangi (*estopped*) untuk mengandalkan alasan-alasan untuk menolak pelaksanaan di bawah Konvensi New York karena alasan-alasan ini tidak diangkat dalam proses pembatalan di Ukraina dalam batas waktu tiga bulan sebagaimana ditentukan dalam hukum Ukraina. Pengadilan memberikan alasan bahwa meskipun Konvensi tidak mengatur *estoppel*, ketentuan (*preclusion / Praeklusio*) yang ditetapkan berkaitan dengan putusan arbitrase domestik dalam hukum Jerman juga berlaku untuk pelaksanaan putusan arbitrase asing.

III.5. KEKUATAN DISKRESI TERBATAS DALAM PELAKSANAAN ALASAN UNTUK PENOLAKAN

Pengadilan umumnya menolak pelaksanaan ketika ditemukan bahwa ada dasar untuk penolakan di bawah Konvensi New York.

Beberapa pengadilan, bagaimanapun juga, berpendapat bahwa pengadilan memiliki kekuatan untuk mengabulkan pelaksanaan bahkan saat keberadaan alasan untuk penolakan pelaksanaan hukum di bawah Konvensi ini telah terbukti. Hal ini pada umumnya dilakukan dimana alasan untuk penolakan menyangkut pelanggaran kecil dari aturan prosedural yang berlaku untuk arbitrase - sebuah kasus *de minimis*- atau tergugat tidak mengangkat alasan untuk penolakan tersebut dalam arbitrase.⁴² (Lihat juga kasus-kasus yang dijelaskan dalam Bab ini, atas, pada III.4.)

42. *Hong Kong*: Supreme Court of Hong Kong, High Court, 15 Januari 1993 (*Paklito Investment Ltd. v. Klockner East Asia Ltd.*) Yearbook Commercial

Pengadilan-pengadilan ini bergantung pada kata-kata dalam versi bahasa Inggris Pasal V(1), yang dibuka dengan kata-kata "Pengakuan dan pelaksanaan putusan dapat ditolak ... ". Kata-kata ini juga muncul dalam tiga dari lima teks resmi Konvensi, yaitu teks Cina, Rusia dan Spanyol. Meski demikian, teks Prancis tidak mengandung ungkapan yang sama dan hanya menyatakan bahwa pengakuan dan pelaksanaan "*seront refusées*", yaitu, akan ditolak.

IV. ALASAN UNTUK PENOLAKAN HARUS DIBUKTIKAN OLEH TERGUGAT (PASAL V (1))

IV.1. ALASAN 1: KETIDAKMAMPUAN PARA PIHAK DAN KETIDAKABSAHAN PERSETUJUAN ARBITRASE (PASAL V (1) (A))

"Para pihak persetujuan yang dimaksud dalam pasal II dianggap, di bawah hukum yang berlaku bagi mereka, di bawah suatu ketidakmampuan, atau persetujuan yang dimaksud tidak berlaku berdasarkan hukum yang berlaku atasnya sesuai dengan

Arbitration XI (1994) pp. 664-674 (Hong Kong no. 6) dan Supreme Court of Hong Kong, High Court, 16 Desember 1994 (*Nanjing Cereals, Oils and Foodstuffs Import & Export Corporation v. Luckmate Commodities Trading Ltd*) Yearbook Commercial Arbitration XXI (1996) pp. 542-545 (Hong Kong no. 9); *British Virgin Islands: Court of Appeal*, 18 June 2008 (*IPOC International Growth Fund Limited v. LV Finance Group Limited*) Yearbook Commercial Arbitration XXXIII (2008) pp. 408-432 (British Virgin Islands no. 1); *United Kingdom: High Court, Queen's Bench Division (Commercial Court)*, 20 January 1997 (*China Agribusiness Development Corporation v. Balli Trading*) Yearbook Commercial Arbitration XXIV (1999) pp. 732-738 (UK no. 52).

penentuan para pihak, atau jika tidak ada indikasi akan hal adanya hal tersebut, di bawah hukum negara di mana putusan arbitrase dibuat."

IV.1.1. Ketidakmampuan Para Pihak

Jenis-jenis masalah yang timbul di bawah alasan ini meliputi pembelaan "ketidakmampuan", seperti ketidakmampuan mental, ketidakmampuan fisik, kurangnya kewenangan untuk bertindak atas nama entitas perusahaan, atau pihak kontraktor belum cukup dewasa untuk menandatangani (di bawah umur).

Selain itu, istilah "ketidakmampuan" dalam konteks Pasal V(1)(a) ditafsirkan dalam arti "kurang kompetensi untuk melakukan kontrak". Sebagai contoh, hal ini mungkin timbul di mana hukum yang berlaku melarang salah satu pihak, seperti Badan Usaha Milik Negara, untuk memasuki persetujuan arbitrase untuk jenis sengketa potensial tertentu: misalnya, dalam beberapa yurisdiksi, sebuah Badan Usaha Milik Negara dapat dilarang oleh hukum masuk ke dalam persetujuan arbitrase dalam kontak yang berhubungan dengan kontrak pembelaan (meski demikian, lihat Bab II di IV.6.2, mengutip sebagai contoh *Private International Law Act Swiss*).⁴³

Harus dicatat bahwa negara, Badan Usaha Milik Negara dan badan publik lainnya tidak dikecualikan dari ruang lingkup Konvensi semata-mata dengan beralasan pada status mereka.

43. Undang-Undang Hukum Perdata Internasional di Swiss, Pasal 177 (2) menyatakan:

"Jika salah satu pihak mencapai Pilihan Penyelesaian Sengketa dengan arbitrase adalah Negara atau perusahaan didominasi oleh atau organisasi yang dikendalikan oleh suatu Negara, tidak mungkin meminta hukum sendiri untuk konteks yang berhubungan dengan arbitrase dari sengketa atau kapasitas untuk tunduk pada arbitrase. "

Ungkapan bahwa “individu maupun badan hukum “dalam Pasal I(1) Konvensi umumnya dianggap mencakup badan hukum publik yang mengikatkan diri pada kontrak komersial dengan pihak swasta. Pengadilan hampir selalu menolak pembelaan atas kekebalan kedaulatan (*sovereign immunity*) yang diangkat oleh negara terhadap pelaksanaan persetujuan arbitrase dan pengakuan dan pelaksanaan keputusan arbitrase dengan mengandalkan teori pembatasan kekebalan dan pelepasan hak kekebalan. Perbedaan antara *acta de jure gestionis* dan *acta de jure imperii* juga sering diangkat, atau *pacta sunt servanda* dan penciptaan ketertiban publik internasional (*ordre public réellement international*). Perbedaan ini juga dibuat dalam beberapa kasus sehubungan dengan eksekusi.

Salah satu contoh adalah kasus FG Hemisphere di Hong Kong pada 2010, meminta pengakuan dan pelaksanaan dua putusan arbitrase asing terhadap aset Badan Usaha Milik Negara Cina (*Chinese State-owned enterprise (CSOE)*), yaitu biaya masuk yang terhutang oleh CSOE kepada Republik Demokratik Kongo dalam hal hak mineral tertentu (Aset CSOE).⁴⁴ Pemerintah Cina menyatakan bahwa saat ini menerapkan, dan telah diterapkan secara konsisten di masa lalu, doktrin kekebalan kedaulatan mutlak, dan dengan demikian Aset CSOE kebal dari pelaksanaan hukum. Namun, Pengadilan Banding memutuskan bahwa pengadilan Hong Kong menerapkan doktrin kekebalan terbatas dan sebagai konsekuensinya porsi Aset CSOE yang tidak dimaksudkan untuk tujuan berdaulat (*sovereign purposes*) tidak kebal dari eksekusi.

Konvensi tersebut tidak menunjukkan bagaimana menentukan hukum yang berlaku untuk kapasitas salah satu pihak (“hukum

44. Hong Kong: Pengadilan Banding 10 Februari 2010 dan 5 Mei 2010 (FG Belahan Associates LLC v Republik Demokratik Kongo, et al.), CACV 373/2008 & CACV43/2009 (10 February 2010); Yearbook Arbitrase Komersial XXXV (2010) hlm392-397 (Hong Kong no. 24). Pada saat penulisan, banding dari keputusan ini tertunda sebelum Pengadilan Hong Kong Tingkat Kasasi.

yang berlaku kepada mereka”). Hukum ini harus ditentukan dengan menerapkan asas konflik hukum (*conflict-of-laws rules*) dari pengadilan di mana pengakuan dan pelaksanaan tersebut dimintakan, yang biasanya merupakan domisili hukum individu dan hukum tempat didaftarkannya badan hukum.

IV.1.2. Ketidakabsahan Persetujuan Arbitrase

Pasal V (1) (a) juga menyediakan alasan untuk penolakan di mana dalam persetujuan arbitrase “yang dimaksud dalam pasal II” adalah “tidak sah berdasarkan hukum sesuai dengan penentuan para pihak, atau selain indikasi akan hal adanya hal tersebut, di bawah hukum negara di mana putusan arbitrase dibuat.” Alasan untuk penolakan ini umumnya digunakan dalam praktek.

Para tergugat sering berargumentasi dengan alasan ini bahwa persetujuan arbitrase tidak berlaku secara formal karena tidak “tertulis” seperti yang ditentukan oleh Pasal II(2) (lihat Bab II di IV.2). Sebuah alasan terkait untuk penolakan pelaksanaan yang mungkin diajukan adalah bahwa tidak ada persyaratan untuk arbitrase sama sekali di bawah pengertian di dalam Konvensi. Contoh umum lainnya pembelaan yang dapat diangkat di bawah alasan ini termasuk klaim ilegalitas, paksaan atau penipuan dalam arbitrase.

Dari waktu ke waktu tergugat dapat mengandalkan alasan ini di mana ia menolak bahwa ia merupakan pihak dari perjanjian arbitrase yang relevan. Masalah ini diputuskan oleh pengadilan dengan menilai kembali fakta-fakta dari kasus tersebut, terlepas dari keputusan yang dicapai oleh para arbiter. Misalnya, dalam kasus *Sarhank Group*, tergugat berpendapat bahwa tidak ada persetujuan

arbitrase tertulis yang ditandatangani oleh para pihak.⁴⁵ Pengadilan Banding Tingkat Kedua Amerika Serikat menyatakan bahwa pengadilan negeri dengan salah mengandalkan temuan arbiter dalam putusan bahwa tergugat terikat oleh klausul arbitrase berdasarkan hukum Mesir yang diterapkan pada kontrak. Sebaliknya, pengadilan negeri harus menerapkan hukum federal Amerika Serikat untuk masalah ini ketika meninjau putusan untuk pelaksanaannya. Oleh karena itu Pengadilan mengembalikan kasus ini ke pengadilan negeri “Untuk menemukan fakta apakah tergugat setuju untuk berarbitrase ... pada setiap ... dasar yang diakui oleh hukum kontrak Amerika atau hukum perwakilan [(agency)]”.

Dalam keputusan terbaru dari kasus *Dallah Real Estate & Pariwisata Holding Co v Pakistan*, Mahkamah Agung Inggris menjelaskan ruang lingkup doktrin kompetensi-kompetensi di Inggris.⁴⁶ Mahkamah Agung memutuskan bahwa sementara majelis arbiter memiliki kekuatan untuk menentukan yurisdiksi sendiri pada tahap awal, dengan adanya permohonan untuk pelaksanaan di bawah Konvensi New York, di mana keberatan atas yurisdiksi itu dibuat, pengadilan memiliki kekuatan untuk membuka kembali sepenuhnya fakta-fakta dan isu-isu untuk menentukan masalah yurisdiksi.

Mahkamah Agung menilai bagaimana doktrin kompetensi-kompetensi diterapkan di berbagai yurisdiksi di seluruh dunia. Pada paragraf 25 dicatat bahwa “setiap negara... menerapkan bentuk tertentu *judicial review* dari keputusan yurisdiksi arbiter. Bagaimanapun juga, kontrak tidak bisa memberikan badan arbitrase kekuasaan apapun ... jika para pihak tidak pernah mengikatkan diri

45. Amerika Serikat: Amerika Serikat Pengadilan Banding, Sirkuit Kedua, 14 April 2005 (*Sarhank Grup v Oracle Corporation*) Yearbook Arbitrase Komersial XXX (2005) hlm 1158-1164 (US no. 523).

46. Inggris Raya: [2009] EWCA Kebudayaan 755, [2010] 2 WLR 805 (CA (Kebudayaan Div)).

kepadanya.” (Mengutip kasus *China Minmetals* di Amerika, lihat catatan kaki 16.)

Dengan demikian fakta bahwa pengadilan dapat menentukan yurisdiksinya sendiri tidak memberikan suatu kekuasaan satu-satunya untuk melakukan hal tersebut. Pengadilan yang akan melaksanakan putusan arbitrase yang tidak berada di ranah arbitrase memiliki kekuatan untuk memeriksa kembali yurisdiksi dari pengadilan tersebut.

Sementara Pengadilan (Lord Collins) menerima bahwa tren internasional membatasi konsiderasi ulang temuan dari majelis arbiter dan juga menekankan kebijakan pro-pelaksanaan Konvensi New York, ia menemukan bahwa tak satu pun dari mereka yang didahulukan. Ia menyatakan bahwa di bawah 1996 *Act* (bagian 30) di Inggris, pengadilan berhak untuk menanyakan, sebagai langkah awal, apakah pengadilan memiliki yurisdiksi. Namun, jika masalah dibahas di depan pengadilan, pengadilan perlu melakukan investigasi independen dan tidak sekedar meninjau keputusan arbitrase. Mahkamah Agung menilai bahwa hal itu tidak berbeda di Perancis, di mana putusan telah dibuat. Tak lama setelah keputusan Mahkamah Agung Inggris, Pengadilan Banding Prancis menolak permintaan untuk mengesampingkan tiga putusan yang dipermasalahkan, menetapkan bahwa keputusan arbitrase terdahulu yurisdiksinya sudah benar.⁴⁷ Meskipun pengadilan tidak mengajukan pendapat terhadap ruang lingkup *judicial review* yurisdiksi majelis arbiter, keputusannya telah ditinjau ulang secara menyeluruh.

47. Prancis: Cour d'Appel, 17 Februari 2011 (*Gouvernement du Pakistan - Ministère des Affaires Religieuses v Dallah Real Estate dan Perusahaan Pariwisata*).

(Lihat juga Bab II di III.2, mengenai lingkup peninjauan oleh pengadilan yang dimintakan untuk merujuk para pihak ke arbitrase).

IV.2. ALASAN 2: KEKURANGAN PEMBERITAHUAN DAN PELANGGARAN PROSES HUKUM; HAK UNTUK SIDANG YANG ADIL (Pasal V (1) (b))

“Para pihak yang dikenakan putusan arbitrase tidak diberikan pemberitahuan yang layak akan penunjukan arbiter atau akan proses arbitrase atau dengan cara lain jika tidak dapat mengajukan pendapatnya akan perkara.”

Pasal V (1) (b) memberikan alasan untuk penolakan bahwa para pihak yang dikenakan putusan arbitrase tidak diberikan, atau tidak diberikan secara adil, kesempatan untuk mengajukan pendapatnya akan perkara karena: (i) ia tidak diberi pemberitahuan yang layak akan penunjukan arbiter atau proses arbitrase, atau (ii) dengan cara lain tidak dapat menyampaikan pendapatnya akan perkara.

Meski demikian, alasan ini tidak dimaksudkan agar pengadilan mengambil pandangan berbeda dari majelis arbiter mengenai isu-isu prosedural. Hal yang harus ditunjukkan adalah bahwa pihak yang menolak pelaksanaan arbitrase dengan suatu cara telah dirampas haknya agar perkara substansifnya didengar dan ditentukan oleh majelis arbiter.

IV.2.1. *Hak untuk Sidang (Hearing) yang Adil*

Pasal V (1) (b) mensyaratkan bahwa pihak yang akan bersidang harus diberikan persidangan yang adil yang memenuhi syarat keadilan minimal. Standar keadilan minimum yang berlaku dideskripsikan oleh Pengadilan Banding Amerika Serikat Tingkat Ketujuh sebagai termasuk “pemberitahuan yang memadai, sidang akan barang bukti,

dan keputusan yang tidak memihak oleh arbiter". Jadi arbiter memiliki diskresi yang luas tentang bagaimana mereka dapat melakukan proses persidangan, etc.

IV.2.2. Kurangnya Pemberitahuan

Merupakan hal yang tidak asing bagi salah satu pihak untuk tidak diberi pemberitahuan penunjukan arbiter atau proses arbitrase. Jika salah satu pihak telah berpartisipasi secara aktif dalam arbitrase, mustahil untuk untuk mengeluh di kemudian hari bahwa pemberitahuan itu tidak memadai.

Dalam proses di mana tergugat tidak hadir, di sisi lain, bukti pemberitahuan harus diberikan perhatian serius pada semua tahap.

Dianggap bahwa tidak ada pemberitahuan, misalnya, di mana salah satu pihak telah berubah alamat tanpa memberitahu pihak lain atau terletak di bagian dunia di mana faks atau sarana komunikasi lainnya tidak dapat diandalkan penerimaannya. Dalam situasi seperti ini, para arbiter dan pemohon dalam arbitrase harus melakukan semua hal yang secara wajar dapat dilakukan untuk memberitahukan tergugat akan keberadaan arbitrase dan penunjukan majelis arbiter dan memiliki bukti independen akan upaya tersebut. Jika hal ini gagal untuk dilakukan, putusan dapat ditolak. Dalam salah satu kasus serupa, Mahkamah Agung Swedia menolak pelaksanaan putusan arbitrase, karena menemukan bahwa arbiter mengabaikan fakta bahwa komunikasi yang dikirim ke alamat pihak Swedia telah dikembalikan dengan tidak terkirim.⁴⁸

Meski demikian, ketidakhadiran dapat merupakan pilihan dari pihak. Di mana pemberitahuan arbitrase sebenarnya telah diterima

48. Swedia: Högsta Domstolen, 16 April 2010 (Lenmorniiiproekt OAO v Arne Larsson & Mitra Leasing Aktiebolag) Yearbook XXXV (2010) hlm 456-457 (Swedia no. 7).

oleh tergugat namun tergugat gagal atau menolak untuk berpartisipasi dalam arbitrase, pengadilan-pengadilan menetapkan bahwa tidak ada pelanggaran proses hukum dibawah Pasal V(1)(b). Jika salah satu pihak memilih untuk tidak ikut serta dalam arbitrase, ini bukan alasan untuk menolak pelaksanaan putusan arbitrase.

IV.2.3. Pelanggaran Proses Hukum: "Tidak Dapat Mengajukan Pendapatnya akan Perkara"

Kasus yang terkenal di Amerika Serikat *Iran Aircraft Industries Corp v Avco* adalah contoh di mana pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase ditolak karena tergugat tidak dapat mengajukan pendapatnya.⁴⁹ Setelah konsultasi dengan ketua majelis arbiter (yang kemudian diganti), tergugat telah memutuskan atas saran ketua majelis untuk tidak menampilkan *invoice* untuk mendukung analisis kerugian dari sebuah firma akuntansi ahli. Termohon hanya mengandalkan pada ringkasannya - tetapi mengindikasikan bahwa ia siap untuk memberikan bukti lebih lanjut jika diperlukan. Majelis arbiter akhirnya menolak klaim kerugian atas dasar bahwa tidak ada bukti pendukung. Pengadilan Banding Amerika Serikat Tingkat Kedua menolak pengakuan dan pelaksanaan putusan atas dasar bahwa para pihak yang dikalahkan tidak dapat mengajukan pendapatnya tentang kerugian.

Sejumlah putusan telah menolak pengakuan dan pelaksanaan di mana arbiter telah gagal untuk bertindak adil dalam situasi. Contoh ini meliputi:

49. Amerika Serikat: Amerika Serikat Pengadilan Banding, Sirkuit Kedua, 24 November 1992 (Iran Aircraft Industries dan Dukungan Helikopter Iran dan Renewal Perusahaan v Avco Corporation) Yearbook Arbitrase Komersial XVIII (1993) hlm 596-605 (US no. 143).

- Pengadilan Banding Naples menolak pelaksanaan putusan arbitrase Austria atas dasar bahwa pemberitahuan satu bulan bagi tergugat Italia untuk menghadiri sidang di Wina tidak cukup karena selama waktu itu daerah domisili tergugat ditimpa musibah gempa;⁵⁰
- Pengadilan Banding Inggris membenarkan keputusan untuk menolak pelaksanaan putusan arbitrase India dengan alasan bahwa salah satu pihak terkena penyakit serius, yang tidak berhasil diangkat pihak tersebut selama proses untuk mencari penangguhan, berarti tidak realistis untuk mengharapkan pihak tersebut untuk berpartisipasi dalam arbitrase termasuk untuk mengajukan pembelaan;⁵¹
- Pengadilan Tinggi Hong Kong menolak pelaksanaan keputusan bahwa *China International Economic and Trade Arbitration Commission* (CIETAC) tidak memberi tergugat kesempatan untuk mengomentari laporan dari ahli yang ditunjuk oleh majelis arbiter.⁵²

Contoh keberatan yang tidak berhasil, yang didirikan atas kurangnya proses hukum melingkupi:

- Arbiter menolak untuk menjadwalkan ulang sidang untuk kenyamanan saksi bagi pihak yang melawan pelaksanaan;

50. Italia: Corte di Appello, Naples (Salerno Section), 18 Mei 1982 (Bauer & Grossmann OHG v Fratelli Cerrone Alfredo e Raffaele) Yearbook Arbitrase Komersial X (1985) hlm 461-462 (Italia no. 70).

51. Inggris Raya: Pengadilan Banding (Divisi Sipil), 21 Februari 2006 dan 8 Maret 2006 (Ajay Kanoria, et al. v Tony Francis Guinness) Yearbook Komersial Arbitrase XXXI (2006) hlm 943-954 (UK no. 73).

52. Hong Kong: Mahkamah Agung Hong Kong, Pengadilan Tinggi, 15 Januari 1993 (Paklito Investment Ltd v Klockner East Asia Ltd) Yearbook Arbitrase Komersial XIX (1994) hlm 664-674 (Hong Kong no. 6).

- Majelis arbiter menolak memberikan penangguhan dan menolak proses penemuan bukti tambahan;
- Majelis arbiter menolak memberikan penangguhan lebih lanjut dan untuk menunda arbitrase karena proses kepailitan;
- Keputusan majelis arbiter berdasarkan ketentuan praduga dan beban pembuktian;
- Majelis arbiter diduga mengandalkan teori-teori hukum baru dalam putusan arbitrase yang sebelumnya tidak diargumentasikan;
- Majelis arbiter membatasi pemeriksaan silang saksi;
- Para pihak tidak menghadiri sidang karena takut ditangkap di negara tersebut; dan
- Seorang perwakilan perusahaan tidak mampu menghadiri sidang karena tidak bisa mendapatkan visa.

IV.3. ALASAN 3: DILUAR ATAU MELEBIHI LINGKUP PERSETUJUAN ARBITRASE (Pasal V (1) (c))

“Putusan berkaitan dengan perbedaan yang tidak dimaksudkan oleh atau tidak termasuk dalam hal pengajuan ke arbitrase, atau berisi keputusan mengenai hal-hal di luar lingkup penyerahan ke arbitrase, dengan ketentuan bahwa, jika keputusan tentang hal yang disampaikan ke arbitrase dapat dipisahkan dari mereka yang tidak disampaikan dengan demikian, bagian dari putusan yang berisi keputusan tentang hal yang disampaikan ke arbitrase dapat diakui dan ditegakkan.”

Alasan penolakan yang diberikan menurut Pasal V(1)(c) bahwa putusan:

- Berkaitan dengan perbedaan atau sengketa yang tidak dimaksudkan atau tidak jatuh dalam persyaratan pengajuan pihak ke arbitrase, atau
- Berisi keputusan mengenai hal-hal di luar lingkup pengajuan arbitrase para pihak.

Alasan dalam Pasal V(1)(c) mewujudkan prinsip bahwa majelis arbiter hanya memiliki yurisdiksi untuk memutuskan masalah-masalah yang telah disetujui oleh para pihak untuk diserahkan kepadanya untuk diputuskan

Dalam menentukan apa yang telah para pihak sampaikan ke majelis arbiter, perjanjian arbitrase dan klaim yang dimintakan yang disampaikan kepada majelis arbitrase oleh para pihak harus diperhatikan. Bahasa dari perjanjian arbitrase yang menetapkan apa yang para pihak telah sepakati untuk diserahkan kepada majelis arbiter untuk penentuan arbitrase sangatlah penting; masalah harus tetap dalam lingkup tersebut.

Model klausa (*model clause*) yang diterbitkan oleh lembaga arbitrase biasanya disusun untuk memberikan majelis arbiter yurisdiksi yang sangat luas untuk menentukan semua sengketa yang timbul dari atau sehubungan dengan perjanjian substantif para pihak (biasanya kontrak). Masalah kematangan dan hal serupa biasanya merupakan masalah diterima atau tidaknya sengketa (bukan yurisdiksi) dan karena itu tidak ditinjau oleh pengadilan. (Lihat juga Bab II di III.1 mengenai kompetensi-kompetensi arbiter dan peninjauan pengadilan akan perjanjian arbitrase.)

Majelis arbiter memiliki keleluasaan untuk memberikan pelaksanaan sebagian putusan arbitrase jika putusan arbitrase sebagian di luar yurisdiksi majelis arbiter, asalkan bagian yang berada dalam yurisdiksi majelis arbiter dapat dipisahkan. Hal ini tampak dari syarat pada akhir Pasal V(1)(c) (“dengan ketentuan bahwa, jika keputusan tentang hal yang disampaikan ke arbitrase

dapat dipisahkan dari mereka yang tidak disampaikan dengan demikian, bagian dari putusan yang berisi keputusan tentang hal yang disampaikan ke arbitrase dapat diakui dan ditegakkan”).

IV.4. ALASAN 4: PENYIMPANGAN DALAM SUSUNAN MAJELIS ARBITER ATAU PROSEDUR ARBITRASE (Pasal V(1)(d))

“Komposisi otoritas arbitrase atau prosedur arbitrase tidak sesuai dengan persetujuan para pihak, atau saat tidak adanya persetujuan tersebut, tidak sesuai dengan hukum negara di mana arbitrase berlangsung.”

Pasal V (1)(d) memiliki dua jenis potensi pelanggaran, mengenai:

- komposisi majelis arbitrase;
- prosedur arbitrase.

IV.4.1. *Komposisi Majelis Hakim*

Opsi pertama Pasal V (1)(d) berlaku apabila suatu pihak kehilangan haknya menunjuk seorang arbiter atau untuk mendapatkan keputusan atas kasusnya oleh majelis arbiter yang komposisinya mencerminkan persetujuan para pihak.

Kasus di mana salah satu pihak menolak untuk menunjuk seorang arbiter dan kemudian arbiter ditunjuk oleh sebuah pengadilan, atau di mana hakim di berhasil dilawan dan diganti sesuai dengan aturan yang berlaku yang dipilih oleh para pihak dan hukum yang berlaku, tidak akan berhasil di bawah alasan ini.

Pasal V (1)(d) menyatakan bahwa pengadilan harus terlebih dahulu melihat:

1. Apakah para pihak telah menyepakati komposisi majelis arbitrase;
2. Apakah mereka telah sepakat, maka apa yang mereka telah sepakati harus ditentukan;
3. Apakah persetujuan tersebut telah dilanggar;
4. Hanya jika tidak ada persetujuan antara para pihak akan komposisi majelis arbiter maka pengadilan harus menerapkan hukum negara di mana arbitrase berlangsung untuk menentukan apakah itu sesuai atau tidak dengan hukum tersebut.

Misalnya, para pihak mungkin telah menentukan lembaga penunjuk untuk menunjuk ketua atau arbiter dalam klausul arbitrase, namun pada kenyataannya orang lain yang menunjuk arbiter. Masalah yang sama muncul jika arbiter akan dipilih dari sekelompok orang tertentu, tapi kemudian dipilih dari kelompok lain. Dalam hal ini pengadilan harus, bagaimanapun, memeriksa dengan seksama apakah benar-benar diperlukan untuk menolak pelaksanaan karena pihak yang menentang pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase dirampas haknya, atau apakah, pada dasarnya, pihak tersebut mendapatkan prosedur arbitrase yang adil hanya dengan penyimpangan prosedural kecil. Ini adalah sebuah gambaran dari jenis kasus di mana pengadilan dapat memutuskan untuk memberikan pelaksanaan hukum jika pelanggaran *de minimis* (lihat Bab ini atas pada III.5).

Misalnya, dalam kasus *Nanhai Cina*, Pengadilan Tinggi Hong Kong menyatakan bahwa meskipun persetujuan khusus para pihak mengenai komposisi majelis arbiter tidak diikuti, pengadilan yang akan menegakkan harus menggunakan diskresinya untuk

menegakkan putusan, karena pelanggaran yang terlibat dianggap relatif ringan.⁵³

Perjanjian arbitrase mungkin menetapkan kualitas tertentu untuk satu atau lebih arbiter, misalnya, bahwa mereka menguasai bahasa tertentu, merupakan warga negara dari suatu negara tertentu, telah diterima ke praktek hukum dalam yurisdiksi tertentu, memegang gelar sarjana teknik, dan sebagainya. Dalam kasus ini, pengadilan harus memperhatikan secara seksama apakah fakta bahwa arbiter tidak memiliki kualitas yang ditentukan sebenarnya merupakan ketidakadilan prosedural. Sebagai contoh, jika klausul arbitrase mensyaratkan bahwa arbiter haruslah “orang komersial”, atau seseorang dengan pengalaman industri spesifik, dan pada gantinya seorang pengacara tanpa kualifikasi tersebut yang diangkat, dapat dibenarkan untuk menegakkan putusan arbitrase terlepas hal ini.

Contoh keberatan yang tidak berhasil diangkat di bawah pilihan pertama Pasal V (1)(d) meliputi:

- Pengadilan Banding Munich menolak keberatan bahwa komposisi majelis arbitrase tidak sesuai dengan persetujuan para pihak. Badan arbitrase terdiri dari satu arbiter dan bukan dua atau lebih arbiter sebagaimana disepakati dalam klausul arbitrase. Pengadilan mencatat bahwa tergugat menyadari komposisi majelis arbitrase tetapi tidak mengajukan keberatan selama arbitrase;⁵⁴

53. Hong Kong: Mahkamah Agung Hong Kong, Pengadilan Tinggi, 13 Juli 1994 (*Cina Nanhai Joint Oil Layanan Korporasi Shenzhen Cabang v Gee Tai Holdings Co Ltd*) Yearbook Arbitrase Komersial XX (1995) hlm 671-680 (Hong Kong no. 8).

54. Jerman: Oberlandesgericht, Munich, 15 Maret 2006 (*Produsen v Supplier, di likuidasi*) Yearbook Arbitrase Komersial XXXIV (2009) hlm 499-503 (Jerman no. 117).

- Dalam sebuah kasus di hadapan Mahkamah Agung Spanyol, persetujuan arbitrase menetapkan arbitrase sengketa di *Association Cinématographique Professionnelle de Conciliation et d'Arbitrage* (ACPCA) di Perancis. Ketika termohon dalam arbitrase gagal menunjuk arbiter, penunjukan dibuat oleh presiden *International Federation of Film Producers Associations*. Pengadilan menolak keberatan termohon bahwa penunjukan ini melanggar persetujuan para pihak, dan menetapkan bahwa hal itu memenuhi ketentuan terkait dalam peraturan ACPCA.⁵⁵

Contoh keberatan yang sukses di bawah pilihan pertama Pasal V (1) (d) ini meliputi:

- Pada tahun 1978, Pengadilan Banding Florence menetapkan bahwa majelis arbitrase dengan dua arbiter di London telah melanggar persetujuan arbitrase para, meskipun itu sesuai dengan hukum negara di mana arbitrase berlangsung. Klausul arbitrase telah mengatur bahwa tiga arbiter harus diangkat, tetapi dua arbiter pihak yang ditunjuk tidak menunjuk arbitrator ketiga karena mereka sepakat mengenai hasil putusan kasus - hukum Inggris pada waktu tersebut memperbolehkan hal ini;⁵⁶
- Pengadilan Banding Amerika Serikat Tingkat Kedua menolak untuk mengakui dan menegakkan putusan dengan alasan bahwa persetujuan para pihak mengenai komposisi majelis arbitrase telah dilanggar, karena prosedur pengangkatan dalam persetujuan tidak diikuti. Sebuah pengadilan telah menunjuk

55. Spanyol: Tribunal Supremo, Sipil Chamber, 11 April 2000 (Union Générale de Cinéma, SA v XYZ Desarrollos, SA) Yearbook XXXII (2007) hlm 525-531 (Spanyol no. 50)

56. Italia: Corte di Appello, Florence, 13 April 1978 (Rederi Aktiebolaget Sally v srl Termarea) Yearbook Arbitrase Komersial IV (1979) hlm 294-296 (Italia no. 32).

ketua atas permintaan salah satu pihak, bukan dua arbiter yang ditunjuk para pihak yang diberikan waktu untuk mencoba menyepakati ketua arbitrase, sebagaimana diatur di bawah perjanjian arbitrase yang relevan.⁵⁷

IV.4.2. Prosedur Arbitrase

Konvensi tidak dimaksudkan untuk memberikan pihak yang dikalahkan hak untuk mengajukan banding atas keputusan prosedural majelis arbiter. Opsi dalam Pasal V (1)(d) ini tidak ditujukan untuk menolak untuk mengakui atau menegakkan putusan arbitrase jika pengadilan memiliki pandangan hukum yang berbeda dari para arbiter, tentang, misalnya, apakah seorang saksi akan didengar, untuk memperbolehkan pemeriksaan silang atau berapa banyak pengajuan tertulis yang ingin diperbolehkan.

Sebaliknya, opsi kedua dalam Pasal V (1)(d) ini ditujukan atas penyimpangan yang lebih fundamental dari prosedur yang telah disepakati, yang meliputi situasi di mana para pihak sepakat untuk menggunakan aturan satu lembaga, tetapi arbitrase dilakukan berdasarkan peraturan lembaga lain, atau bahkan di mana para pihak telah sepakat bahwa tidak ada aturan kelembagaan yang akan berlaku.

Contoh keberatan yang tidak berhasil di bawah pilihan kedua Pasal V (1)(d) ini meliputi:

- Pengadilan Banding Bremen menolak argumen tergugat bahwa proses arbitrase yang diselenggarakan di Turki tidak di sesuai dengan Hukum Acara Perdata Turki karena majelis arbiter tidak

57. Amerika Serikat: Amerika Serikat Pengadilan Banding, Sirkuit Kedua, tanggal 31 Maret 2005 (Encyclopaedia Universalis SA v Encyclopaedia Britannica, Inc) Yearbook Arbitrase Komersial XXX (2005) hlm 1136-1143 (US no. 520).

mengabulkan keberatan tergugat akan siding verbal dan mengabaikan pengajuan bukti barunya. Pengadilan menyatakan bahwa majelis arbiter bertindak sesuai dengan Peraturan Arbitrase *Istanbul Chamber of Commerce*, yang telah disepakati para pihak;⁵⁸

- Sebelumnya Pengadilan Negeri Amerika Serikat di Northern Florida, di mana tergugat Devon (penggugat dalam arbitrase, yang telah diadakan di *China Maritime Arbitration Commission* (CMAC)) mengemukakan bahwa arbitrase tersebut belum sesuai dengan hukum PR China karena CMAC telah menolak gugatan balik pihak lain tapi kemudian mengizinkannya untuk mengajukan gugatan terpisah yang kemudian dikonsolidasikan dengan klaim Devon. Pengadilan menolak argumen ini, menemukan bahwa Devon gagal untuk menunjukkan bahwa keputusan CMAC adalah tidak tepat berdasarkan hukum Cina.⁵⁹

Contoh keberatan yang sukses di bawah opsi kedua Pasal V (1)(d) ini meliputi:

- Sebuah pengadilan banding Swiss menolak pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase Jerman, menemukan bahwa prosedur arbitrase belum sesuai dengan persetujuan para pihak; perjanjian arbitrase mengharuskan arbitrase di Hamburg di mana “semua sengketa harus diselesaikan dalam satu proses arbitrase yang sama”. Sebaliknya, arbitrase berlangsung dalam dua tahap:

58. Jerman: Hanseatisches Oberlandesgericht, Bremen, 30 September 1999 (Penggugat v Tergugat) Yearbook Arbitrase Komersial XXXI (2006) hlm 640-651 (Jerman no. 84).

59. Amerika Serikat: Pengadilan Distrik Amerika Serikat, Distrik Utara Florida, Pensacola Divisi, 29 Maret 2010 (Pactrans Air & Sea, Inc v China National Chartering Corp, et al.) Yearbook Arbitrase Komersial XXXV (2010) hlm 526-527 (US no. 697).

pertama arbitrase kualitas (*quality arbitration*) oleh dua ahli dan sesudahnya arbitrase yang tepat oleh panel tiga arbiter;⁶⁰

- Sebuah pengadilan banding Turki menolak pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase Swiss dengan alasan bahwa hukum acara yang disepakati oleh pihak belum diterapkan;⁶¹
- Mahkamah Agung Italia mendukung pelaksanaan putusan arbitrase Stockholm tapi tidak dengan putusan arbitrase Beijing yang dibuat sehubungan dengan sengketa yang sama. Pengadilan menyatakan bahwa putusan arbitrase Beijing itu bertentangan dengan persetujuan para pihak yang hanya merencanakan satu arbitrase, di Stockholm atau di Beijing, tergantung pada pihak mana yang memulai arbitrase terlebih dahulu.⁶²

IV.5. ALASAN 5: PUTUSAN ARBITRASE TIDAK MENGIKAT, DIBATALKAN ATAU DITANGGUHKAN (Pasal V (1)(e))

“Putusan ini belum mengikat para pihak, atau dibatalkan atau ditangguhkan oleh otoritas berwenang dari negara, atau di bawah hukum, di mana putusan tersebut dibuat.”

60. Swiss: Appellationsgericht, Basel-Stadt, 6 September 1968, (Perusahaan X AG, pembeli v Firm Y, penjual) Yearbook Arbitrase Komersial I (1976) p. 200 Swiss no. 4).

61. Turki: Pengadilan Banding, Divisi Hukum 15, 1 Februari 1996 (Osuuskunta METEX Andelslag V.S. v Türkiye Elektrik Kurumu Genel Müdürlüğü Umum Direktorat, Ankara) Yearbook Arbitrase Komersial XXII (1997) hlm 807-814 (Turki no. 1).

62. Italia: Corte di Cassazione, 7 Februari 2001, no. 1732 (Tema Frugoli SpA, dalam likuidasi v Hubei Ruang Quarry Industry Co Ltd) Yearbook Komersial Arbitrase XXXII (2007) hlm 390-396 (Italia no. 170).

Pasal V (1)(e) mengakomodir penolakan pengakuan dan pelaksanaan suatu putusan arbitrase jika termohon membuktikan bahwa putusan:

- Belum “mengikat” para pihak, atau
- Telah dibatalkan atau ditangguhkan oleh otoritas berwenang dari negara, atau di bawah hukum, di mana putusan tersebut yang dibuat.

IV.5.1. *Putusan Belum Mengikat*

Kata “mengikat” digunakan oleh para penyusun Konvensi New York, dalam konteks dan bukan kata “akhir” (yang telah digunakan dalam konteks setara dalam Konvensi Jenewa 1927 tentang Eksekusi Putusan Arbitrase Asing).⁶³ Penggunaan kata “mengikat” dimaksudkan untuk menjelaskan bahwa sebuah pihak berhak untuk mengajukan pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase setelah dikeluarkan oleh majelis arbitrase. Ini berarti bahwa pihak ini tidak perlu mendapatkan *exequatur* atau izin atasnya dari pengadilan negara, atau di bawah hukum, di mana putusan itu dibuat (dikenal sebagai *exequatur* ganda), sebagaimana diatur di Konvensi Jenewa 1927.

Fakta bahwa tidak perlunya *exequatur* ganda di bawah Konvensi ini secara universal diakui oleh pengadilan dan para pengamat.

Meski demikian, pengadilan berbeda pendapat akan bagaimana cara untuk menentukan saat ketika putusan dapat dikatakan “mengikat” dalam pengertian Pasal V (1)(e). Beberapa pengadilan menganggap bahwa hal seperti ini akan ditentukan berdasarkan

63. Konvensi tentang Pelaksanaan Putusan Arbitrase Luar Negeri, ditandatangani di Jenewa pada 26 September 1927

hukum negara di mana putusan itu dibuat.⁶⁴ Pengadilan lain memutuskan hal ini terlepas dari hukum yang berlaku untuk putusan dan menentukan bahwa putusan arbitrase asing mengikat pada para pihak ketika tidak ada lagi jalan yang bisa ditempuh.⁶⁵ Ini berarti bahwa putusan ini tidak lagi terbuka untuk dilakukan banding, baik kepada instansi banding arbitrase atau pengadilan. Dalam konteks ini, pengadilan terkadang bergantung pada persetujuan para pihak. Jika para pihak telah memilih untuk melangsungkan arbitrase menurut peraturan dari *International Chamber of Commerce*, misalnya, Peraturan ICC tentang Arbitrase pada Pasal 28 (6) menetapkan bahwa: “Setiap Putusan Arbitrase akan mengikat para pihak.”

IV.5.2. *Putusan Dibatalkan atau Ditangguhkan*

(i) *Putusan dibatalkan*

Tergantung pada yurisdiksi, prosedur ini juga dapat disebut “*vacatur*” atau prosedur “pembatalan”.

Pengadilan yang memiliki yurisdiksi untuk menyisihkan putusan hanyalah pengadilan dari negara di mana putusan arbitrase dibuat atau ditentukan telah dibuat, i.e., tempat arbitrase (lihat Bab I di III.1.1). Pengadilan ini digambarkan memiliki yurisdiksi “pengawas” atau “primer” atas putusan tersebut. Sebaliknya, pengadilan di mana yang putusan arbitrase dimintakan pengakuan dan pelaksanaan digambarkan memiliki yurisdiksi “pelaksanaan” atau “sekunder”

64. Lihat, misalnya, Prancis: Tribunal de Grande Instance, Strasbourg, 9 Oktober 1970 (*Animalfeeds International Corp v SAA Becker & Cie*) Yearbook Komersial Arbitrase II (1977) p. 244 (Perancis no. 2).

65. Lihat, misalnya, Swiss: Pengadilan Federal, Chamber Sipil Pertama, 9 Desember 2008 (*Compagnie X SA v Federasi Y*) Yearbook Arbitrase Komersial XXXIV (2009) hlm 810-816 (Swiss no. 40).

atas putusan arbitrase tersebut, terbatas menentukan adanya alasan Konvensi untuk penolakan pengakuan atau pelaksanaan hukum.

Agar keberatan bahwa putusan arbitrase telah dibatalkan berhasil, di banyak negara putusan arbitrase harus dibatalkan oleh pengadilan yang memiliki yurisdiksi primer. Sebuah permohonan untuk menyisihkan putusan tidaklah cukup. Hal ini mencegah pihak yang kalah dari mampu menunda pelaksanaan dengan memulai proses pembatalan.

Situasi di mana sebuah permohonan dibuat untuk menyisihkan atau menangguhkan putusan telah diatur oleh Pasal VI, yang mengatur bahwa dalam hal ini pengadilan pelaksanaan dapat menunda putusan tentang pelaksanaan putusan arbitrase jika hal itu dianggap sepatutnya. Meski demikian, permohonan ini harus dibuat kepada pengadilan yang berwenang sebagaimana dimaksud dalam Pasal V (1)(e), yaitu, pengadilan yang memiliki yurisdiksi primer.

(ii) *Konsekuensi putusan yang dibatalkan*

Meskipun putusan telah dibatalkan di negara, atau berdasarkan hukum, di mana putusan itu dibuat, sebuah pengadilan di negara lain masih dapat memberikan pengakuan dan pelaksanaan di luar rezim Konvensi New York. Perancis adalah contoh yang paling terkenal atas yurisdiksi yang menyatakan bahwa putusan dapat dilaksanakan terlepas dari fakta bahwa putusan arbitrase tersebut telah dibatalkan di negara asalnya. Perancis melakukannya hal ini tidak berdasarkan Konvensi New York, tetapi atas dasar hukum Perancis, dengan memilih keluar dari Konvensi New York (*opt-out*) dengan Pasal VII (1), ketentuan hak yang lebih menguntungkan (*more-favorable-right*). Ketentuan ini memungkinkan pengadilan untuk menerapkan sistem pelaksanaan yang lebih menguntungkan bagi pelaksanaan putusan pengadilan daripada Konvensi New York, yaitu, yang dapat menyebabkan pengakuan dan pelaksanaan terjadi ketika Konvensi tidak bisa melakukannya (lihat Bab I di V.1).

(iii) *Putusan “ditangguhkan”*

Pasal V (1)(e) juga menyatakan bahwa pelaksanaan putusan dapat ditolak jika salah satu pihak yang dikenai putusan arbitrase membuktikan bahwa putusan arbitrase telah “ditangguhkan” oleh pengadilan di negara atau di bawah hukum di mana putusan arbitrase itu dibuat. Seperti yang terlihat di atas dalam paragraf IV.5.2 pada (i), Pasal VI Konvensi menyatakan bahwa pengadilan dapat menunda penetapan tentang pelaksanaan putusan jika tergugat telah mengajukan permohonan penangguhan putusan di negara asalnya.

“Penangguhan” dari putusan tidak didefinisikan dalam Konvensi. Pengadilan umumnya menafsirkan istilah ini untuk merujuk pada penangguhan kemampuan dilaksanakannya putusan arbitrase *oleh pengadilan* (dengan demikian tidak secara langsung dengan pelaksanaan hukum, misalnya menunggu aksi untuk dibatalkan) di negara asal.

V. ALASAN UNTUK PENOLAKAN YANG DIANGKAT OLEH PENGADILAN *EX OFFICIO* (PASAL V (2))

Pasal V (2) dari Konvensi menyatakan:

“Pengakuan dan pelaksanaan keputusan arbitrase juga mungkin ditolak jika otoritas berwenang di negara di mana pengakuan dan pelaksanaan dilakukan menemukan bahwa:

- (a) subyek permasalahan dari sengketa tersebut tidak mampu diselesaikan oleh arbitrase berdasarkan hukum negara tersebut, atau
- (b) Pengakuan atau pelaksanaan putusan akan bertentangan dengan kebijakan publik negara itu.”

Dasar dalam Pasal V (2) melindungi kepentingan publik di negara di mana pelaksanaan putusan dilakukan dan, berdasarkan itu pengadilan dapat mengandalkan mereka secara *ex officio*, mengikuti penerapan yang telah dibuat untuk pengakuan dan pelaksanaan putusan. Biasanya, Para Pihak menolak pengakuan dan pelaksanaan juga akan menggunakan alasan ini ketika mereka meyakini bahwa hal ini relevan.

V.1. ALASAN 6: TIDAK ARBITRABLE (Pasal V (2) (a))

Singkatnya, alasan “tidak bisa diarbitrasekan” untuk penolakan berdasarkan Pasal V (2) (a) diperbolehkan saat sengketa yang melibatkan subyek perkara memang merupakan kompetensi pengadilan.

Misalnya, sudah jelas bahwa kasus pidana tidak bisa diarbitrasekan, sama dengan kasus yang yurisdiksinya hanya dimiliki oleh pengadilan yang ytidak bisa diarbitrasekan, termasuk:

- Perceraian;
- Hak asuh anak;
- Permukiman properti;
- Wasiat;
- Kebangkrutan, dan
- Penutupan perusahaan.

Tren saat ini adalah lebih mengarah kepada lingkup yang lebih kecil dari sengketa yang hanya semata-mata berada pada yurisdiksi pengadilan, yang disebabkan oleh sejumlah faktor, termasuk tren kecenderungan terhadap biaya, keterbukaan yang lebih besar dari pengadilan untuk menerima bahwa persetujuan para pihak untuk menengahi harus dihormati dan dukungan dari arbitrase internasional dengan undang-undang nasional. Dalam hal ini juga

harus dicatat bahwa “tidak bisa diarbitrasekan” memiliki arti yang berbeda dalam konteks internasional sebagai lawan konteks domestik (Lihat Bab ini di bawah pada V.2 untuk perbedaan antara kebijakan publik internasional dan dalam negeri).(Lihat juga Bab II di IV.6.1 pada subjek hal “yang mampu diselesaikan melalui arbitrase”.)

Apakah subyek permasalahan dalam arbitrase yang tidak bisa diarbitrasekan atau tidak adalah pertanyaan yang akan ditentukan berdasarkan hukum negara di mana penerapan untuk pengakuan dan pelaksanaan dibuat. Arbitrase yang tidak bisa diarbitrasekan harus memperhatikan hal-hal material dalam klaim dan bukan hanya bagian insidental.

Beberapa kasus penolakan pelaksanaan berdasarkan Pasal V (2) (a) telah dilaporkan.yaitu:

- Sebuah keputusan oleh Mahkamah Agung Belgia yang menolak pelaksanaan dari putusan dengan alasan bahwa permasalahan tentang pemutusan persetujuan distribusi eksklusif tidak mampu diselesaikan melalui arbitrase di bawah hukum Belgia, dalam hal pengadilan Belgia diberi yurisdiksi eksklusif di bawah hukum tertentu yang berkaitan dengan distributor;⁶⁶
- Sebuah putusan oleh Pengadilan Federal *Arbitrazh* (Komersial) untuk Moskow menemukan bahwa putusan Slovakia itu tidak dapat dilaksanakan karena putusan itu telah diberikan setelah termohon dari Rusia telah dinyatakan pailit oleh pengadilan *arbitrazh*. Berdasarkan undang-undang kepailitan Federasi Rusia, pengadilan memiliki yurisdiksi eksklusif *arbitrazh* atas penentuan jumlah dan sifat dari klaim pailit terhadap debitur. Pengadilan

66. Belgia: Cour de Kasasi, Chamber Pertama, 28 Juni 1979 (Audi-NSU Union AG v SA Adelin Petit & Cie) Yearbook Arbitrase Komersial V (1980) hlm 257-259 (Belgia no. 2).

sebenarnya mendasarkan keputusannya pada Pasal V (2) (b) Konvensi sebagai dimana hal yang dapat diarbitrasekan dianggap sebagai ranah kebijakan publik.⁶⁷

V.2. ALASAN 7: PELANGGARAN KEBIJAKAN PUBLIK (Pasal V (2) (b))

Pasal V (2) (b) memungkinkan pengadilan di mana pengakuan atau pelaksanaan itu akan dilaksanakan untuk menolak penerapannya jika hal itu akan “bertentangan dengan kebijakan publik negara”.

Namun, Pasal V (2) (b) tidak mendefinisikan apa yang dimaksud dengan “kebijakan publik”. Juga tidak menyatakan apakah prinsip domestik kebijakan publik, atau prinsip-prinsip kebijakan publik didasarkan pada konsep kebijakan publik internasional harus berlaku untuk permohonan pengakuan dan pelaksanaan di bawah Konvensi New York. Konsep kebijakan publik internasional umumnya lebih sempit dari konsep kebijakan publik dalam negeri. Seperti yang dapat dilihat dalam Bab ini pada V.1, perbedaan ini juga berlaku untuk *arbitrability*.

Kebanyakan pengadilan dalam negeri telah mengadopsi standar sempit kebijakan publik internasional, menerapkan norma-norma substantif yang bersumber dari hukum internasional.

Rekomendasi dari Asosiasi Hukum Internasional yang diterbitkan pada 2002 (“ILA Rekomendasi”) mengenai “Kebijakan Publik” semakin dianggap mencerminkan praktek terbaik hukum internasional.⁶⁸

67. Federasi Rusia: Federal Arbitrazh (Komersial) Pengadilan, Moskow Kabupaten, 1 November 2004 (AO Slovenska Konsolidachna, AS v KB SR Yakimanka) Yearbook Arbitrase Komersial XXXIII (2008) hlm 654-657 (Federasi Rusia no. 15)

68. Tersedia di <www.ila-hq.org/download.cfm/docid/032880D5-46CE-4CB0-912A0B91832E11AF>.

Di antara rekomendasi umum dari Rekomendasi ILA, dinyatakan bahwa putusan final di “arbitrase komersial internasional harus dihormati kecuali dalam keadaan-keadaan luar biasa tertentu” (Ayat 1 (a) Bagian Umum) dan bahwa keadaan luar biasa tertentu diatas dapat ditemukan jika pengakuan atau pelaksanaan putusan arbitrase internasional akan bertentangan dengan kebijakan publik internasional “ (Ayat 1 (b) dari Bagian Umum).

Pasal 1 (d) dari Rekomendasi ILA menyatakan bahwa ungkapan “Kebijakan publik internasional” yang digunakan di dalamnya untuk membentuk prinsip dan aturan yang diakui oleh Negara, yang menurut sifatnya dapat membatasi pengakuan atau pelaksanaan keputusan arbitrase dalam konteks arbitrase komersial internasional ketika pengakuan atau pelaksanaan tersebut akan bahwa putusan akan menyebabkan pelanggaran baik terhadap prosedur sesuai dengan yang telah diberikan (prosedural kebijakan publik internasional) atau isinya (kebijakan publik internasional substantif).

Rekomendasi ILA (per Ayat 1 (d)) menyatakan bahwa kebijakan publik internasional setiap negara meliputi:

- (i) prinsip dasar, berkaitan dengan keadilan dan moralitas, yang ingin dilindungi oleh negara bahkan ketika hal tersebut tidak langsung bersangkutan;
- (ii) aturan yang dirancang untuk melayani kepentingan politik, sosial atau kepentingan ekonomi Negara yang dikenal sebagai “*lois de policy*” atau “aturan kebijakan publik”, dan
- (iii) tugas Negara untuk menghormati kewajiban-kewajibannya terhadap negara-negara lain atau organisasi internasional.

V.2.1. Contoh Pengakuan dan Pelaksanaan

Dalam kasus di Jerman yang diputus oleh Pengadilan Banding Celle, penjual mencoba untuk menegakkan putusan dari International Commercial Court of Arbitrase (ICCA) dari Chamber of Commerce dan Industri Federasi Rusia (ICAC).⁶⁹ Pembeli menyatakan bahwa mengizinkan pelaksanaan akan melanggar kebijakan publik baik karena ada penyimpangan prosedural dalam sidang arbitrase atau karena putusan arbitrase memberikan pengaruh terhadap penalti kontrak yang tidak proporsional. Pengadilan menolak argumen pembeli dengan menyatakan:

“Dalam kasus tertentu putusan arbitrase asing, keberlangsungan di arbitrase asing tidak [Otomatis] melanggar aturan wajib prosedur kebijakan publik. Sebaliknya, harus ada pelanggaran terhadap kebijakan publik internasional. Oleh karena itu, pengakuan putusan arbitrase asing sebagai subjek aturan untuk rezim yang kurang ketat dibandingkan [Pengakuan] keputusan arbitrase domestik. Masalahnya bukan apakah seorang hakim Jerman akan mencapai hasil yang berbeda berdasarkan pada hukum Jerman. Sebaliknya, pelanggaran kebijakan publik internasional hanya terjadi saat konsekuensi dari penerapan hukum asing dalam kasus beton sehingga bertentangan dengan Ketentuan hukum Jerman dan tidak dapat diterima menurut hukum Jerman. Hal ini tidak terjadi di sini.”

Dalam kasus *Perancis SNF v Cytec*, SNF membuat kontrak untuk membeli beberapa macam bahan kimia dari Cytec dengan

69. Jerman: Oberlandesgericht, Celle, 6 Oktober 2005 (v Penjual Pembeli) Yearbook Arbitrase Komersial XXXII (2007) hlm 322-327 (Jerman no. 99).

menggunakan dua kontrak terpisah.⁷⁰ Kontrak kedua mengatur bahwa Cytec untuk menjadi pemasok eksklusif. Sidang arbitrase diadakan dan menyatakan bahwa kontrak kedua melanggar Hukum Persaingan EC. Kemudian diberikan putusan yang mendukung Cytec. Pada peradilan Kasasi, SNF berpendapat bahwa pengadilan seharusnya tidak mengizinkan pelaksanaan keputusan yang didasarkan pada persetujuan yang mengekang persaingan dan maka dari itu bertentangan dengan hukum EC dan kebijakan publik. Pengadilan memutuskan bahwa (seperti dalam kasus ini) permasalahan saat ini adalah mengenai kebijakan publik internasional, pengadilan hanya akan melakukan intervensi untuk mencegah pelaksanaan hukum di kasus yang bersifat “mencolok, efektif, dan konkret” dalam pelanggaran kebijakan publik internasional.

Bahwa pertimbangan hukum yang mendasari putusan atau pelaksanaan dari majelis arbitrase yang cacat ini tidak melanggar kebijakan publik selama kecacatan ini tidak mempengaruhi konsepsi dasar moralitas dan keadilan dari sistem hukum di mana pelaksanaan putusan dilakukan, yaitu tidak melanggar kebijakan publik internasional. Misalnya, Pengadilan SAR Tingkat Kasasi Hong Kong menyatakan bahwa diadakannya pemeriksaan dalam keadaan tidak adanya termohon itu bukan dasar untuk menolak pelaksanaan putusan, karena termohon telah diberitahu bahwa pemeriksaan itu telah terjadi dan tidak meminta pemeriksaan ulang di hadapan perwakilannya.⁷¹

70. *Prancis: Cour de Kasasi, Chamber Sipil Pertama*, 4 Juni 2008 (SNF sas v Cytec Industri BV) Yearbook Arbitrase Komersial XXXIII (2008) hlm 489-494 (Perancis no. 47).

71. *Hong Kong: Pengadilan Banding Akhir Khusus Hong Kong Administratif Region*, 9 Februari 1999 (Hebei Impor dan Ekspor Corporation v Polytek Rekayasa Perseroan Terbatas) Yearbook Arbitrase Komersial XXIV (1999) hlm 652-677 (Hong Kong no. 15).

Contoh lain dari pengakuan dan pelaksanaan terlepas dari dugaan pelanggaran kebijakan publik adalah:

- Kurangnya sarana keuangan: Mahkamah Agung Portugal menolak argumen bahwa ada pelanggaran terhadap kebijakan publik karena tergugat tidak berpartisipasi dalam arbitrase di Belanda karena kurangnya sarana keuangan;⁷²
- Kurangnya ketidakberpihakan (*impartiality*) oleh arbiter: pengadilan berpendapat bahwa “penampilan adanya bias” tidak cukup, harus ada “bias sebenarnya”, yaitu, arbiter harus bertindak secara parsial;⁷³
- Kurangnya alasan dalam putusan: pengadilan negara di mana alasan dalam putusan arbitrase wajib pada umumnya mau menerima untuk melaksanakan putusan arbitrase yang tidak mengandung alasan tetapi telah dibuat di negara-negara di mana putusan arbitrase tersebut sah.⁷⁴

72. *Portugal*: Supremo Tribunal de Justiça, 9 Oktober 2003 (A v B. & Cia Ltda, et al...) Yearbook Arbitrase Komersial XXXII (2007) hlm 474-479 (Portugal no. 1).

73. Lihat, misalnya, Jerman: Oberlandesgericht, Stuttgart, 18 Oktober 1999 dan Bundesgerichtshof, 1 Februari 2001 (Pemilik kapal Belanda v Sapi Jerman dan Daging Dealer) Yearbook Arbitrase Komersial XXIX (2004) hlm 700-714 (Jerman no. 60); Amerika Serikat: Pengadilan Distrik Amerika Serikat, Distrik Selatan New York, Juni 27 2003 dan Amerika Serikat Pengadilan Banding, Sirkuit Kedua, 3 Agustus 2004 (Lucent Technologies Inc, et al. v Tatung Co) Yearbook Arbitrase Komersial XXX (2005) hlm 747-761 (US no. 483).

74. Lihat, misalnya, Jerman: Oberlandesgericht Düsseldorf, 15 Desember 2009 (v Penjual Jerman Pembeli) Yearbook Arbitrase Komersial XXXV (2010) hlm 386-388 (Jerman no. 135).

V.2.2. Contoh Penolakan Pengakuan dan Pelaksanaan

Contoh penolakan pengakuan dan pelaksanaan hukum dalam Pasal V (2)(b) adalah:

- Pengadilan Banding Bavaria menolak pengakuan dan pelaksanaan dari putusan arbitrase Rusia atas dasar kebijakan publik karena putusan telah dibuat setelah pihak telah mencapai penyelesaian, yang telah tersembunyi dari para arbiter;⁷⁵
- Pengadilan Federal *Arbitrazh* (Komersial) untuk Distrik Tomsk, di Federasi Rusia, menolak pelaksanaan keputusan arbitrase ICC yang dibuat di Perancis, dengan menetapkan bahwa perjanjian pinjaman yang menjadi dasar putusan arbitrase yang telah diberikan merupakan pengaturan ilegal antara perusahaan dari kelompok yang sama dan sengketa tersebut dibuat-buat.⁷⁶

VI. KESIMPULAN

Survei dari alasan eksklusif untuk penolakan permintaan untuk pengakuan dan pelaksanaan keputusan arbitrase dan prinsip-prinsip yang melandasi menafsirkan alasan-alasan ini mencerminkan sifat pro-pelaksanaan dari Konvensi yang harus dihormati dan diterapkan secara bijaksana oleh pengadilan

75. *Jerman*: Bayerisches Oberstes Landesgericht, 20 November 2003 (v Penjual Pembeli) Yearbook Arbitrase Komersial XXIX (2004) hlm 771-775 (Jerman no. 71).

76. *Federasi Rusia*: Federal Arbitrazh (Komersial) Pengadilan, Kecamatan Tomsk, Juli 7 2010 (Yukos Capital SARL v OAO Tomskneft VNK) Yearbook Komersial Arbitrase XXXV (2010) hlm 435-437 (Federasi Rusia no. 28).

