



UNIVERSITAS INDONESIA

**ASAS KERAHASIAAN DALAM PROSES PERSIDANGAN
ARBITRASE KOMERSIAL INTERNASIONAL DAN INDONESIA**

SKRIPSI

DIMAS BIMO HARIMAHESA
0606079326

**FAKULTAS HUKUM
PROGRAM STUDI ILMU HUKUM
DEPOK
JULI 2012**



UNIVERSITAS INDONESIA

**ASAS KERAHASIAAN DALAM PROSES PERSIDANGAN
ARBITRASE KOMERSIAL INTERNASIONAL DAN INDONESIA**

SKRIPSI

Diajukan sebagai salah satu syarat untuk memperoleh gelar Sarjana
Hukum pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia

DIMAS BIMO HARIMAHESA
0606079326

**FAKULTAS HUKUM
PROGRAM STUDI ILMU HUKUM
DEPOK
JULI 2012**

HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS

Skripsi ini adalah hasil karya sendiri,
dan semua sumber baik yang dikutip maupun dirujuk
telah saya nyatakan dengan benar.



Nama : DIMAS BIMO HARIMAHESA
NPM : 0606079326
Tanda Tangan : 
Tanggal : 6 Juli 2012

HALAMAN PENGESAHAN

Skripsi ini diajukan oleh :
Nama : Dimas Bimo Harimahesa
Program Studi : Ilmu Hukum
Judul Skripsi : Asas Kerahasiaan dalam Proses Persidangan Arbitrase Komersial dan Indonesia

Telah berhasil dipertahankan di hadapan dewan penguji dan diterima sebagai bagian persyaratan yang diperlukan untuk memperoleh gelar Sarjana Hukum pada program studi Ilmu Hukum, Fakultas Hukum Universitas Indonesia

DEWAN PENGUJI

Pembimbing I : Fatmah Jatim, S.H., LL.M. 
Pembimbing II : Dr. Mutiara Hikmah, S.H., M.H. 
Penguji : Prof. Dr. Zulfa Djoko Basuki, S.H., M.H. 
Penguji : Lita Arijati, S.H., LL.M. 

Ditetapkan di : Depok
Tanggal : 6 Juli 2012

KATA PENGANTAR

Puji syukur saya panjatkan kepada Tuhan Yang Maha Esa, karena atas berkat dan rahmat-Nya, saya dapat menyelesaikan skripsi ini. Penulisan skripsi ini dilakukan dalam rangka memenuhi salah satu syarat untuk mencapai gelar Sarjana Hukum pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia. Saya menyadari bahwa, tanpa bantuan dan bimbingan dari berbagai pihak, dari masa perkuliahan sampai pada penyusunan skripsi ini, sangatlah sulit bagi saya untuk menyelesaikan skripsi ini. Oleh karena itu, saya mengucapkan terima kasih pada:

- (1) Orang Tua Penulis, Leska Tjokrokoedoesno dan Harlan Sulandi, yang jasanya tidak mungkin bisa Penulis gambarkan lewat kata-kata;
- (2) Ibu Fatmah Jatim S.H., LL.M., selaku dosen pembimbing I, dan Ibu Dr. Mutiara Hikmah S.H., M.H., selaku dosen Pembimbing II, yang telah menyediakan waktu, tenaga dan pikiran untuk mengarahkan saya dalam penyusunan skripsi ini;
- (3) Tante Liza Soenar, sahabat mama yang sudah Penulis anggap sebagai Ibu sendiri;
- (4) Keluarga Penulis, Kakak, Keponakan, Om, Tante, Sepupu, dan Kerabat yang selalu hadir dalam kehidupan Penulis;
- (5) Alm. Taufik Fitriandi, Kakak Sepupu Penulis yang menjadi kebanggaan Penulis dan Keluarga Besar Tjokrokoedoesno;
- (6) Sahabat dan Teman-Teman Penulis, yang tidak dapat saya tuliskan satu-persatu;
- (7) Petugas Keamanan beserta seluruh staff FHUI yang senantiasa membantu Penulis dalam kehidupan perkuliahan;
- (8) Berbagai pihak yang telah membantu Penulis dalam kehidupan Penulis, yang jumlahnya tidak terhitung.

Sungguh, bagi Penulis ucapan terima kasih ini tidak akan berarti apa-apa bila hanya dalam bentuk kata-kata. Penulis berharap, dan merasa berkewajiban untuk, suatu saat dapat membalas semua kebaikan yang Penulis terima dalam bentuk perbuatan. Akhir kata, semoga skripsi ini membawa manfaat bagi pengembangan ilmu, terutama di bidang Hukum Perdata Internasional.

Depok, 6 Juli 2012

Dimas Bimo H.

**HALAMAN PERNYATAAN PERSETUJUAN PUBLIKASI
TUGAS AKHIR UNTUK KEPENTINGAN AKADEMIS**

Sebagai sivitas akademik Universitas Indonesia, saya yang bertanda tangan di bawah ini:

Nama : Dimas Bimo Harimahesa
NPM : 0606079326
Program Studi : Ilmu Hukum
Fakultas : Hukum
Jenis karya : Skripsi

demikian pengembangan ilmu pengetahuan, menyetujui untuk memberikan kepada Universitas Indonesia **Hak Bebas Royalti Noneksklusif** (*Non-exclusive Royalty-Free Right*) atas karya ilmiah saya yang berjudul :

“Asas Kerahasiaan dalam Proses Persidangan Arbitrase Komersial Internasional dan Indonesia”

berserta perangkat yang ada (jika diperlukan). Dengan Hak Bebas Royalti Noneksklusif ini Universitas Indonesia berhak menyimpan, mengalihmedia/formatkan, mengelola dalam bentuk pangkalan data (*database*), merawat, dan memublikasikan tugas akhir saya selama tetap mencantumkan nama saya sebagai penulis/pencipta dan sebagai pemilik Hak Cipta.

Demikian pernyataan ini saya buat dengan sebenarnya.

Dibuat di : Depok
Pada tanggal : 6 Juli 2012

Yang menyatakan



(Dimas Bimo Harimahesa)

Nama : Dimas Bimo Harimahesa
Program Studi : Hukum Internasional
Judul : Asas Kerahasiaan dalam Proses Persidangan Arbitrase
Komersial International dan Indonesia

ABSTRAK

Skripsi ini membahas tentang ketidakseragaman pendekatan institusi arbitrase dan negara terhadap asas kerahasiaan. Penulis mempergunakan metode penelitian yuridis normatif dengan studi kepustakaan. Ketika para pihak yang bersengketa memilih arbitrase sebagai forum penyelesaian sengketa mereka, pemilihan institusi arbitrase serta tempat diadakannya arbitrase akan menentukan batasan serta ruang lingkup dari asas kerahasiaan yang terdapat dalam arbitrase mereka. Batasan dan ruang lingkup dari asas kerahasiaan akan ditinjau berdasarkan pengaturan asas kerahasiaan yang terdapat dalam peraturan institusi arbitrase, ataupun UU Arbitrase Nasional tempat arbitrase itu dilaksanakan. Dalam karya tulis ini, Penulis akan memberikan gambaran bagaimana institusi arbitrase dan negara memiliki pendekatan yang berbeda terhadap asas kerahasiaan.

Kata kunci :
Pilihan Forum, Arbitrase, Asas Kerahasiaan

Name : Dimas Bimo Harimahesa
Study Program : International Law
Title : Confidentiality in International and Indonesia
Commercial Arbitration Proceeding

ABSTRACT

This thesis discusses about unsimilar approach, taken by arbitral institutions and nations, toward confidentiality. Author use juridical-normative research method with literature studies. When parties have chosen arbitration as their dispute settlement forum, their decision in choosing which arbitral institution rule shall be used, and where the arbitration shall take place, will determine the scopes and limitations of confidentiality in their arbitration. These scopes and limitations of confidentiality shall be pursuant to the confidentiality provisions within the arbitration's institutional rule and its law of the seat. Through this thesis, Author attempts to display on how arbitral institutions and nations have taken varying stances toward confidentiality.

Key words :
Choice of Forum, Arbitration, Confidentiality

DAFTAR ISI

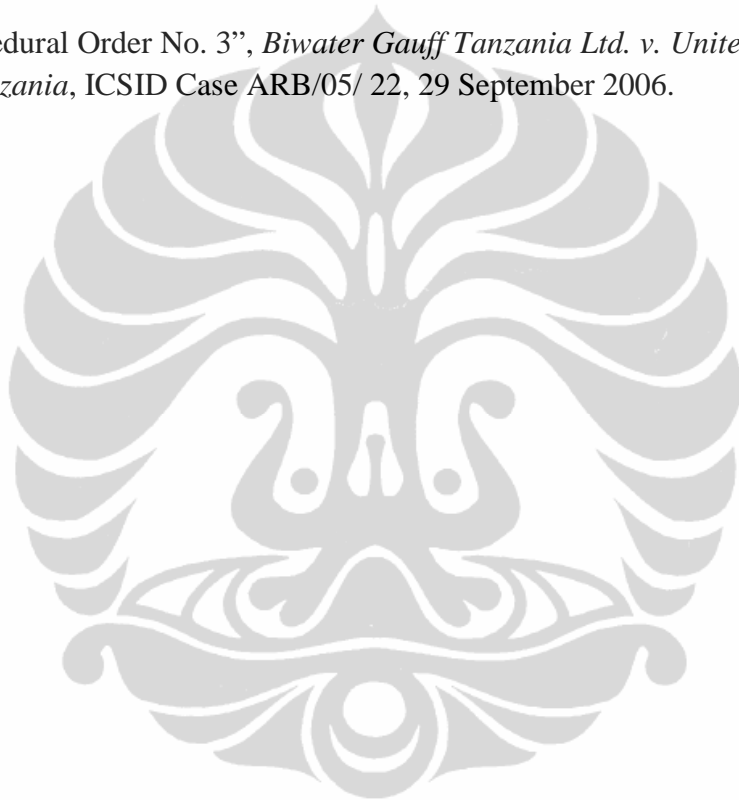
HALAMAN JUDUL	i
HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS	ii
HALAMAN PENGESAHAN	iii
KATA PENGANTAR	iv
LEMBAR PERSETUJUAN PUBLIKASI KARYA ILMIAH	v
ABSTRAK	vi
DAFTAR ISI	vii
DAFTAR LAMPIRAN	ix
BAB 1 PENDAHULUAN	1
1.1. Latar Belakang Pemilihan Judul	1
1.2. Pokok – Pokok Permasalahan	7
1.3. Tujuan Penelitian	8
1.4. Metode Penelitian	8
1.5. Sistematika Penulisan	9
BAB 2 TINJAUAN HPI MENGENAI KEBERADAAN ASAS KERAHASIAAN DALAM ARBITRASE	13
2.1. <i>Choice of Forum</i>	15
2.2. Macam-macam <i>Choice of Forum</i>	17
2.3. Arbitrase sebagai <i>Choice of Forum</i>	20
2.4. Keberadaan Asas Kerahasiaan sebagai Peraturan Prosedural Arbitrase	27
BAB 3 DEFINISI, CAKUPAN, SERTA BATASAN DARI ASAS KERAHASIAAN DALAM ARBITRASE KOMERSIAL INTERNASIONAL DAN INDONESIA	31
3.1. Perbedaan asas tertutup (<i>privacy</i>) dengan asas kerahasiaan (<i>confidentiality</i>) dalam arbitrase	31
3.1.1. Sejarah pembedaan <i>privacy</i> dan <i>confidentiality</i>	33
3.1.2. Definisi <i>Privacy</i>	37
3.1.3. Definisi <i>Confidentiality</i>	40
3.2. Sumber Hukum Asas Kerahasiaan	45
3.2.1. Perjanjian tertulis Asas Kerahasiaan	45
3.2.2. Asas Kerahasiaan sebagai asas tersirat dalam setiap Perjanjian Arbitrase	50
3.2.3. Peraturan Badan Arbitrase	51
3.2.4. Hukum Arbitrase Nasional	61
3.3. Objek-objek yang dilindungi Asas Kerahasiaan	68
3.3.1. <i>Fact of Arbitration</i> atau Fakta Keberadaan Arbitrase	68
3.3.2. Dokumen dan Barang Bukti	71
3.3.3. Keterangan Saksi	71
3.3.4. Keterangan Saksi Ahli	72
3.3.5. Rahasia Dagang	72
3.3.6. Transkrip dan Catatan Proses Pemeriksaan	73
3.3.7. Pertimbangan Pengambilan Putusan Arbitrase oleh Majelis Arbitrator	74

3.3.8.	Putusan Arbitrase	75
3.4.	Subjek-subjek yang terikat dengan Asas Kerahasiaan	75
3.4.1.	Para pihak yang bersengketa	76
3.4.2.	Kuasa Hukum para pihak yang bersengketa	77
3.4.3.	Majelis Arbitrator	77
3.4.4.	Institusi Arbitrase	79
3.4.5.	Pihak Ketiga	80
3.5.	Pengecualian atas Asas Kerahasiaan	83
3.5.1.	Pengecualian atas Asas Kerahasiaan berdasarkan Kesepakatan	83
3.5.2.	Pengecualian atas Asas Kerahasiaan berdasarkan Kepentingan Publik	85
3.5.3.	Pengecualian atas Asas Kerahasiaan berdasarkan <i>Interests of Justice</i>	87
3.5.4.	Pengecualian atas Asas Kerahasiaan berdasarkan Peraturan Perundang-undangan	89
3.6.	Sanksi atas Pelanggaran Asas Kerahasiaan	89
3.6.1.	<i>Nonmonetary Remedies</i>	90
3.6.2.	<i>Monetary Remedies</i>	92
BAB 4 ANALISIS KASUS ARBITRASE DENGAN PERMASALAHAN ASAS KERAHASIAAN		95
4.1.	Kasus <i>AMCO Asia Corp; Pan American Development Limited; PT. AMCO Indonesia v. Republik Indonesia</i>	95
4.1.1.	Kasus Posisi	95
4.1.2.	Analisis Kasus	98
4.2.	Kasus <i>Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania</i>	102
4.2.1.	Kasus Posisi	102
4.2.2.	Analisis Kasus	106
4.3.	Kasus <i>Sure Care Services Ltd and others v. At Your Request Franchise Group Ltd and others</i>	108
4.3.1.	Kasus Posisi	108
4.3.2.	Analisis Kasus	112
BAB 5 PENUTUP		117
5.1.	Kesimpulan	117
5.2.	Saran	120

DAFTAR PUSTAKA
LAMPIRAN

DAFTAR LAMPIRAN

1. “Decision on Request for Provisional Measures”, *AMCO Asia Corp; Pan American Development Limited; PT. AMCO Indonesia v. Republik Indonesia*, 9 Desember 1983.
2. “Judgment of Associate Judge Abbott”, *Sure Care Services v. At Your Request Franchise Group*, CIV-2008-404-005112, *High Court of Auckland*, 31 Juli 2009.
3. “Procedural Order No. 3”, *Biwater Gauff Tanzania Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case ARB/05/ 22, 29 September 2006.



BAB 1

PENDAHULUAN

1.1 Latar Belakang Pemilihan Judul

Seiring dengan perkembangan kegiatan perdagangan internasional, interaksi antara pebisnis-pebisnis yang berbeda kewarganegaraan semakin marak. Perusahaan-perusahaan dari satu negara kerap kali mengadakan transaksi dengan perusahaan-perusahaan negara lain, ataupun berinvestasi di negara lain. Perbedaan sistem hukum di dunia ini yang memiliki dua aliran besar, yaitu sistem Hukum Eropa-Kontinental (*Civil Law*) dan sistem Hukum Anglo Saxon (*Common Law*), membawa dampak tersendiri dalam lalu lintas perdagangan internasional. Salah satu dampak yang dapat kita lihat adalah munculnya kebutuhan akan forum penyelesaian sengketa yang dapat digunakan para pihak, yang memiliki perbedaan sistem hukum. Permasalahan timbul ketika para pihak, dengan latar belakang sistem hukum yang berbeda, memiliki sengketa. Jika kita melihat kedua sistem hukum tersebut, kita dapat menemukan berbagai perbedaan yang tampak mustahil untuk disatukan. Hal ini dikarenakan adanya perbedaan konsep dasar dari kedua sistem hukum tersebut. Salah satu contohnya dapat kita lihat dari proses pemeriksaan perkara. Dalam sistem hukum *Common Law*, penyelesaian sengketa menitikberatkan pada kebenaran objektif, yang menurut sistem hukum tersebut, pihak yang paling berwenang untuk menyampaikan kebenaran tersebut adalah pihak-pihak yang bersengketa itu sendiri.¹ Hal ini menyebabkan terdapat suatu “*sporting theory of justice*”², dimana dua kuasa hukum akan berhadapan satu sama lain, membela klien mereka, dengan hakim sebagai wasit yang menjamin

¹ Berdasarkan sistem hukum *Common Law*, kebenaran objektif akan ditentukan oleh dewan juri dengan memperhatikan perspektif yang dikemukakan oleh dua kuasa hukum yang berlawanan. Perspektif dari kuasa hukum yang paling meyakinkan lah yang akan dianggap benar oleh dewan juri. Sandra Beatriz Hale, *The Discourse of Court Interpreting: Discourse Practices of the Law, the Witness and the Interpreter*, John Benjamins Publishing: 2004, hal. 31.

² Prof. Roscoe Pound menjelaskan bahwa *the sporting theory of justice* adalah sebuah pandangan dimana sejatinya proses hukum adalah pertempuran dua gladiator modern, dengan hakim sebagai wasit pertempuran tersebut. Diterjemahkan dari jurnal oleh Kevin S. Burke berjudul “*A Court and a Judiciary That Is as Good as Its Promise*”, *Court Review*, Summer 2003.

prinsip keadilan tetap terjaga. Sementara dalam sistem hukum *Civil Law*, konsep dasarnya adalah menyelesaikan sengketa, dibandingkan menemukan kebenaran objektif. Maka dari itu, hakim dalam sistem hukum *Civil Law*, sebagai seseorang yang terlatih untuk membedakan mana yang benar dan salah, memainkan peran yang lebih aktif dalam proses persidangan.³ Terlepas dari kenyataan bahwa kedua sistem hukum tersebut memiliki pendekatan yang sama-sama baik, tetapi tentunya pihak yang berasal dari sistem hukum *Common Law*, akan merasa canggung ketika sengketa mereka diselesaikan dengan prosedur yang terdapat dalam sistem hukum *Civil Law*. Begitu juga sebaliknya, pihak yang berasal dari sistem hukum *Civil Law*, tentunya tidak familiar dengan prosedur yang terdapat dalam sistem hukum *Common Law*.⁴ Tidak hanya itu, ketidakpercayaan terhadap lembaga peradilan suatu negara, yang umumnya terjadi pada negara maju terhadap negara berkembang, membuat pihak dari negara maju enggan untuk menyelesaikan sengketa mereka di peradilan yang terdapat di negara berkembang.⁵ Hal ini menyebabkan timbulnya kebutuhan akan suatu forum yang lebih 'bersahabat' bagi pihak yang berasal dari sistem hukum *Common Law* maupun *Civil Law*.

Salah satu forum penyelesaian sengketa yang cukup marak adalah arbitrase. Sifat fleksibilitas yang terdapat dalam arbitrase yakni kebebasan para pihak untuk memilih hukum mana yang berlaku, siapa yang akan menyelesaikan sengketa mereka, dalam bahasa apakah proses persidangan arbitrase tersebut akan berlangsung, serta bagaimana proses persidangan arbitrase tersebut berjalan, merupakan jalan tengah yang tentunya menjadi pilihan utama para pihak bersengketa yang memiliki sistem hukum yang berbeda. Selain fleksibilitas yang dimiliki oleh para pihak, terdapat karakter-karakter lain dalam arbitrase yang menyebabkan arbitrase menjadi pilihan utama sebagai forum penyelesaian

³ Peter Huber dan Alastair Mullis, *The CISG; A New Textbook for Students and Practicioners*, (Germany: Sellier. European Law Publishers, 2007), hal. iv-v.

⁴ Sudargo Gautama, *Undang-Undang Arbitrase Baru 1999*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1999), hal. 10

⁵ *Ibid.*, hal. 9

sengketa dalam dunia komersial internasional. Berbagai macam alasan mengapa orang-orang memilih forum arbitrase sebagai cara penyelesaian sengketa secara privat di antaranya dapat diketahui sebagai berikut⁶:

(1) Kebebasan, Kepercayaan, dan Keamanan;

Arbitrase pada umumnya menarik bagi para pengusaha, pedagang, dan investor sebab arbitrase memberikan kebebasan dan otonomi yang sangat luas pada mereka.

(2) Keahlian (*expertise*);

Para pihak yang bersengketa memiliki kepercayaan yang lebih besar pada keahlian arbitrator mengenai persoalan yang disengketakan dibandingkan dengan kepada pengadilan.

(3) Cepat dan Hemat biaya;

Sebagai suatu proses, arbitrase tidak terlalu formal sehingga mekanismenya lebih fleksibel dibandingkan dengan proses litigasi di pengadilan. Bahwa forum selain pengadilan dianggap lebih fleksibel didasarkan pada asumsi yang menyebutkan antara lain⁷: (a) menyelesaikan sengketa melalui forum selain pengadilan lebih memberi kekuasaan dan kesempatan kepada para pihak untuk memilih sendiri hakim (arbitrator) yang memiliki kemampuan dan keahlian sesuai dengan jenis sengketa yang hendak diperiksa dan diselesaikan oleh forum dimaksud, sementara di pengadilan biasa memilih hakim sangat tidak mungkin dilakukan; (b) kemampuan serta keahlian arbitrator tersebut akan sangat berpengaruh pada kecepatan dalam memahami isu-isu yang menonjol dari suatu sengketa, baik segi fakta maupun hukumnya, sehingga bagi para pihak hal itu akan sangat berpengaruh terhadap kecepatan dalam penyelesaian sengketa mereka; (c) bila demikian adanya maka para pihak dapat menggantungkan harapan terhadap forum tersebut untuk memperoleh putusan yang pantas dan adil (*fair and sensible award*). Dengan demikian arbitrase proses pengambilan

⁶ Gary Goodpaster, Felix O. Soebagjo, Fatmah Jatim, "Tinjauan Terhadap Arbitrase Dagang Secara Umum dan Arbitrase Dagang di Indonesia;" dalam Felix O. Soebagjo & Erman Rajagukguk, *Arbitrase di Indonesia*, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1995), hal. 19-42 [19-22].

⁷ Redfern Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, (London: Sweet & Maxwell, 1991), hal. 23.

keputusannya lebih cepat sehingga biaya penyelesaian sengketa relatif lebih murah daripada litigasi, sebab untuk putusan arbitrase tidak ada kemungkinan upaya hukum banding.

(4) Pertimbangan putusan arbitrase lebih bersifat privat;

Dalam mempertimbangkan penyelesaian sengketa privat, pengadilan dan arbitrase sangat berbeda. Pengadilan adalah lembaga publik, sehingga ketika menyelesaikan sengketa privat pun seringkali memanfaatkan momentum penyelesaian sengketa privat untuk mengutamakan kepentingan umum, sementara kepentingan privat menjadi pertimbangan kedua. Sebaliknya, forum arbitrase merupakan lembaga privat, oleh sebab itu para arbitrator dalam mempertimbangkan penyelesaian sengketa yang ditanganinya juga lebih bersifat privat daripada bersifat publik/umum.

(5) Kecenderungan yang modern;

Dalam dunia perdagangan internasional, kecenderungan yang terlihat adalah liberalisasi peraturan/undang-undang arbitrase untuk lebih mendorong penggunaan arbitrase daripada penyelesaian sengketa dagang melalui peradilan umum.⁸

(6) Putusan Arbitrase Final dan Mengikat;

Sesuai dengan kehendak dan niat dari para pihak pelaku bisnis yang menghendaki putusan penyelesaian sengketa pada forum arbitrase bersifat final dan mengikat (*final and binding*) kedua belah pihak. Sedangkan putusan pengadilan masih terbuka berbagai upaya hukum, sehingga untuk memperoleh putusan yang berkekuatan hukum tetap memerlukan waktu yang cukup lama.

Pengadilan terdiri atas berbagai instansi atau tingkatan. Diperolehnya putusan pada tingkat pertama, belum berarti sengketa tersebut selesai, karena pihak yang merasa tidak puas dengan putusan tersebut masih dapat melakukan upaya hukum banding ke pengadilan tinggi. Bahkan bila masih belum merasa puas dengan putusan banding, yang bersangkutan masih dapat melakukan upaya hukum kasasi ke Mahkamah Agung. Tak ada jaminan dari pihak mana pun bahwa penyelesaian sengketa pada setiap tingkatan pengadilan itu akan berlangsung

⁸ Gary Goodpaster, *et.al.*, "Tinjauan..." *Op.Cit.*, hal. 22.

cepat. Apabila semua tingkatan pengadilan itu dapat selesai ditempuh dalam jangka waktu satu tahun enam bulan (yang berarti satu instansi enam bulan), maka itu sudah dapat dikatakan sangat cepat. Ditambah lagi dengan sejumlah tunggakan (kongesti) perkara-perkara yang menyebabkan penyelesaian perkara di pengadilan semakin lamban.

(7) Bersifat rahasia;

Oleh karena arbitrase lebih bersifat privat dan tertutup dibandingkan pengadilan, pemeriksaan sengketa di dalam forum arbitrase bersifat rahasia. Sifat itu melindungi para pihak dari publisitas yang merugikan serta segala akibatnya, seperti kehilangan reputasi bisnis. Sementara itu, publisitas dalam penyelesaian sengketa di pengadilan negeri sulit dihindarkan karena pengadilan negeri terikat asas 'sifat terbukanya persidangan, yang memungkinkan setiap orang dapat hadir dan mendengarkan pemeriksaan perkara di persidangan.'⁹

Akan tetapi keberadaan asas kerahasiaan dalam arbitrase menimbulkan permasalahan tersendiri. Meskipun tidak terdapat undang-undang, peraturan arbitrase, maupun perjanjian internasional yang menjelaskan secara komprehensif batasan dan lingkupan dari asas kerahasiaan tersebut, banyak pihak yang beranggapan bahwa segala sesuatu hal dalam arbitrase haruslah dirahasiakan. Mengingat ketiadaan dari penjelasan batasan dan lingkupan asas tersebut, polemik pun timbul dalam dunia arbitrase komersial internasional. Solusi yang diambil oleh badan arbitrase, pembuat undang-undang suatu Negara, serta badan peradilan, berbeda-beda satu sama lain. Hal ini pun menimbulkan ketidakseragaman batasan dan lingkupan asas kerahasiaan dalam arbitrase komersial internasional. Akibatnya, pendekatan yang diambil terhadap asas kerahasiaan ini pun bergantung kepada kesepakatan arbitrase antara pihak yang bersengketa dalam menentukan hukum mana yang berlaku, serta peraturan badan arbitrase manakah yang dipilih. Walaupun salah satu dari sumber hukum tersebut

⁹ Lihat Pasal 17 dan 18 UU No. 14 Tahun 1970 tentang Ketentuan Pokok Kekuasaan Kehakiman. Tujuan dari asas ini tidak lain untuk memberi perlindungan hak-hak asasi manusia dalam bidang peradilan serta untuk lebih menjamin obyektivitas peradilan dengan pertanggungjawaban pemeriksaan yang *fair*, tidak memihak serta putusan yang adil kepada masyarakat. Dedi Soemardi, *Pengantar Hukum Indonesia cet. 4*, Jakarta: IND-HILL-CO, 2003, hal. 68.

memiliki pengaturan tentang asas kerahasiaan, tetapi batasan dan lingkupan asas tersebut tidak jelas dan sulit untuk dipahami. Lebih lanjut lagi, masih belum ada mekanisme yang efektif dalam memberlakukan kewajiban atas asas kerahasiaan terhadap pihak-pihak yang terkait dalam proses arbitrase.¹⁰

Dalam karya tulis ini, penulis akan memberikan perbandingan mengenai keberadaan asas kerahasiaan dalam arbitrase komersial internasional dengan keberadaan asas kerahasiaan dalam arbitrase Indonesia. Perbandingan tersebut akan ditinjau berdasarkan sumber-sumber hukum asas kerahasiaan, baik dalam institusi arbitrase luar negeri maupun Indonesia, serta peraturan perundang-undangan tentang arbitrase di Indonesia maupun di luar negeri. Adapun institusi arbitrase luar negeri yang akan digunakan sebagai bahan perbandingan adalah ICSID (*International Centre for Settlement of Investment Disputes*) dan WIPO (*World Intellectual Property Organization*). Pemilihan kedua institusi arbitrase ini didasarkan pada fakta bahwa kedua lembaga tersebut menganut dua aliran asas kerahasiaan yang bertolak belakang. ICSID¹¹ menganut aliran asas kerahasiaan yang condong kepada transparansi, sementara WIPO menganut aliran asas kerahasiaan yang paling komprehensif di antara institusi-institusi arbitrase kebanyakan. Perbedaan paling mencolok dari kedua peraturan institusi arbitrase tersebut adalah pengaturan asas kerahasiaan yang terdapat di *ICSID Convention* dan *Arbitral Rules* bersifat implisit dan hanya terdapat perlindungan terhadap putusan arbitrase, sedangkan pada *WIPO Arbitration Rules*, pengaturan mengenai asas kerahasiaan sangatlah rinci dan eksplisit dimana perlindungannya meliputi *existence of the arbitration, disclosures made during the arbitration*, serta *arbitral*

¹⁰ Diterjemahkan dari : *International Law Association; The Hague Conference : Confidentiality on International Commercial Arbitration*, 2010.

¹¹ Lihat *United Nations Conference on Trade and Development; Dispute Settlement: 5.1 International Commercial Arbitration* oleh Mr. Eric E. Bergsten, diakses di http://www.unctad.org/EDM/Misc.232/_add.38. Meskipun sebenarnya berbeda, *investment arbitration* dianggap berkaitan erat dengan *commercial arbitration*, sehingga permasalahan investasi asing yang diselesaikan melalui jalur arbitrase termasuk dalam lingkup *international commercial arbitration*. Dalam *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, footnote 2 dari *Article 1*, dinyatakan bahwa: “The term ‘commercial’ should be given a wide interpretation so as to cover matters arising from all relationships of a commercial nature, whether contractual or not. Relationships of a commercial nature include, but are not limited to, the following transactions: ...; investment; ...”.

award. Penulis akan membandingkan pengaturan asas kerahasiaan di kedua institusi tersebut dengan pengaturan yang terdapat di institusi arbitrase Indonesia, yakni BANI. Sebagai referensi, penulis juga akan memberikan beberapa contoh pengaturan asas kerahasiaan di institusi arbitrase lain.

Kemudian peraturan perundang-undangan negara lain tentang arbitrase yang akan digunakan untuk dibandingkan dengan UU No. 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa ialah New Zealand Arbitration Act 1996 No. 99, mengingat peraturan tersebut adalah peraturan perundang-undangan tentang arbitrase di negara lain pertama yang memasukan pengaturan mengenai asas kerahasiaan secara eksplisit. Selain itu, dalam karya tulis ini, penulis juga akan menganalisis tiga kasus yang mengandung permasalahan tentang asas kerahasiaan, yaitu *AMCO Asia Corp. v. Indonesia*, yang diadakan di ICSID; *Biwater Gauff v. Republic of Tanzania*, yang diadakan di ICSID; dan *Sure Care Services Ltd and others v. At Your Request Franchise Group Ltd and others*, yang diadakan di New Zealand.

Oleh karena itu, dalam karya tulis ini penulis mencoba membahas ketidakseragaman pengaturan tersebut, baik di luar negeri maupun di Indonesia, yang ditinjau dari peraturan perundang-undangan maupun dari peraturan prosedur badan arbitrase, dengan memilih judul **“Asas Kerahasiaan dalam Proses Persidangan Arbitrase Komersial Internasional dan Indonesia”**.

1.2 Pokok-Pokok Permasalahan:

1. Bagaimana tinjauan Hukum Perdata Internasional mengenai keberadaan asas kerahasiaan dalam arbitrase?
2. Bagaimana definisi, cakupan dan batasan asas kerahasiaan dalam arbitrase perdagangan internasional, baik yang dianut di Indonesia maupun di luar negeri?
3. Bagaimana permasalahan asas kerahasiaan yang terdapat dalam kasus *AMCO Asia Corp. v. Indonesia*; *Biwater Gauff v. Republic of Tanzania*; dan *Sure care Services Ltd and others v. At Your Request Franchise Group Ltd and others*?

1.3 Tujuan Penelitian

Tujuan umum dari penelitian ini adalah untuk memahami adanya ketidakseragaman pengaturan asas kerahasiaan dalam arbitrase komersial internasional, baik di Indonesia maupun di negara-negara lain.

Tujuan khususnya adalah:

1. Untuk mengetahui bagaimana tinjauan Hukum Perdata Internasional mengenai asas kerahasiaan dalam arbitrase.
2. Untuk memahami definisi, cakupan dan batasan asas kerahasiaan dalam arbitrase komersial internasional, baik di Indonesia maupun di luar negeri.
3. Untuk memahami permasalahan asas kerahasiaan yang terdapat dalam kasus *AMCO Asia Corp. v. Indonesia*, *Biwater Gauff v. Republic of Tanzania*, dan *Sure care Services Ltd and others v. At Your Request Franchise Group Ltd and others*

1.4 Metode Penelitian

Metode penelitian yang dilakukan oleh penulis adalah metode penulisan kepustakaan dengan alat pengumpul data berupa studi dokumen¹². Studi dokumen tersebut dilakukan terhadap data sekunder¹³ berupa dokumen yang diperoleh baik dari perpustakaan maupun dari media massa, seperti :

- a. Bahan hukum primer¹⁴

Bahan hukum primer dalam penelitian ini meliputi norma dasar atau kaidah dasar, peraturan dasar, peraturan prosedur persidangan arbitrase

¹² Sri Mamudji, et al., *Metode Penelitian dan Penulisan Hukum*, (Depok: Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2005), hal.29.

¹³ *Ibid.*, hlm. 30-31

¹⁴ *Ibid.*, hal. 30.

dari badan-badan arbitrase serta peraturan perundang-undangan yang terkait dengan arbitrase, antara lain:

- 1) Undang-Undang tentang di Indonesia, UU No. 30, LN No. 138 Tahun 1999, TLN No. 3872 Tahun 1999 (UU tentang Arbitrase dan Pilihan Penyelesaian Sengketa);
 - 2) New Zealand Arbitration Act 1996 No. 99;
 - 3) International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) Convention and Arbitration Rules;
 - 4) World Intellectual Property Organization (WIPO) Rules;
 - 5) Peraturan prosedur persidangan arbitrase Badan Arbitrasi Nasional Indonesia (BANI);
 - 6) dll.
- b. Bahan hukum sekunder¹⁵**

Bahan hukum sekunder meliputi hasil penelitian, buku atau literatur yang membahas mengenai Hukum Perdata Internasional, arbitrase secara umum, asas kerahasiaan dalam arbitrase, serta jurnal yang memuat informasi yang dibutuhkan.

1.5 Sistematika Penulisan

Penyusunan skripsi ini dibagi atas lima bab. Adapun penjelasan dari setiap bab adalah sebagai berikut:

Bab I adalah **Pendahuluan** yang meliputi 5 (lima) sub bab. Sub bab pertama berisi latar belakang pemilihan judul oleh penulis. Sub bab kedua berisi rumusan pokok permasalahan yang dalam hal ini dibatasi menjadi 3 (tiga) pokok permasalahan. Sub bab ketiga berisi tujuan penelitian yang merupakan jawaban dari pokok permasalahan. Sub bab keempat berisi tentang metode penelitian yang dipergunakan Penulis dalam penyusunan makalah. Sub bab kelima berisi sistematika penulisan dalam makalah ini.

¹⁵ *Ibid.*, hal. 31.

Bab II adalah **Tinjauan HPI Mengenai Keberadaan Asas Kerahasiaan dalam Arbitrase**. Bab ini dimulai dengan membahas pengertian hukum perdata internasional serta ruang lingkungannya. Kemudian dilanjutkan dengan membahas teori *choice of forum*, yang merupakan salah satu ruang lingkup dari HPI, beserta macam-macam pilihan *choice of forum* yang dapat dilakukan oleh para pihak. Pembahasan tersebut kemudian dilanjutkan dengan bahasan arbitrase sebagai *choice of forum* oleh para pihak, yang kemudian akan dijelaskan tentang perjanjian arbitrase dan jenis-jenis arbitrase. Berdasarkan Hukum Acara Perdata Internasional dimana peraturan arbitrase serta tempat diadakannya arbitrase yang dipilih oleh para pihak akan mempengaruhi tata cara pelaksanaan persidangan arbitrase, asas kerahasiaan merupakan salah satu hal yang harus dijaga oleh para pihak yang terlibat dalam proses persidangan arbitrase.

Bab III adalah **Definisi, Cakupan, serta Batasan dari Asas Kerahasiaan dalam Arbitrase Komersial Internasional dan Indonesia**. Bab ini merupakan inti dari karya tulis yang dibuat oleh Penulis, oleh karena itu memakan porsi halaman yang paling banyak. Bab ini menguraikan tentang teori-teori asas kerahasiaan dalam arbitrase. Beberapa teori yang akan dibahas dalam bab ini adalah perbedaan sifat tertutup proses pemeriksaan arbitrase dengan asas kerahasiaan dalam arbitrase, sumber hukum asas kerahasiaan, objek-objek dalam arbitrase yang dilindungi oleh asas kerahasiaan, subjek-subjek yang terikat dengan kewajiban untuk menjaga asas kerahasiaan dalam arbitrase, pengecualian atas asas kerahasiaan, serta sanksi atas pelanggaran asas kerahasiaan. Dalam bab ini, penulis akan membandingkan bagaimana pengaturan asas kerahasiaan dalam peraturan prosedur persidangan arbitrase di badan arbitrase Indonesia dengan pengaturan asas kerahasiaan yang terdapat peraturan badan arbitrase asing, serta dalam hukum arbitrase nasional Indonesia tentang arbitrase, dengan hukum arbitrase nasional negara-negara lain.

Bab IV adalah **Analisis Kasus Arbitrase dengan Permasalahan Asas Kerahasiaan**. Bab ini akan menjelaskan latar belakang kasus-kasus arbitrase yang berkaitan dengan asas kerahasiaan, serta permasalahan tentang asas kerahasiaan yang terdapat di dalamnya. Kemudian penulis akan memberikan analisis terhadap permasalahan tersebut. Adapun kasus-kasus yang akan dibahas oleh Penulis

dalam bab ini adalah *AMCO Asia Corp. v. Indonesia*, *Biwater Gauff v. Republic of Tanzania*, dan *Sure care Services Ltd and others v. At Your Request Franchise Group Ltd and others*.

Bab V adalah **Penutup**. Bab ini berisi tentang kesimpulan tentang skripsi penulis, serta saran penulis dalam menghadapi ketidakseragaman pengaturan asas kerahasiaan dalam arbitrase.





BAB 2

TINJAUAN HPI MENGENAI KEBERADAAN

ASAS KERAHASIAAN DALAM ARBITRASE

Keberadaan Asas Kerahasiaan dalam arbitrase berakar pada keberadaan permasalahan HPI dimana para pihak memilih arbitrase sebagai forum penyelesaian sengketa. Konsekuensi pemilihan arbitrase sebagai pilihan forum adalah para pihak harus mentaati seluruh pengaturan prosedur beracara dalam arbitrase yang telah mereka sepakati, termasuk salah satunya, jika memang diatur, asas kerahasiaan. Secara singkat, Hukum Perdata Internasional (HPI) adalah kaidah-kaidah hukum dalam menentukan stelsel hukum manakah yang berlaku ketika terjadi pertemuan antara dua atau lebih stelsel hukum. Sudargo Gautama menjabarkan lebih lanjut bahwa HPI adalah keseluruhan peraturan dan keputusan hukum yang menunjukkan stelsel hukum manakah yang berlaku atau apakah yang merupakan hukum, jika hubungan-hubungan dan peristiwa-peristiwa antara warga negara pada satu waktu tertentu memperlihatkan titik-titik pertalian dengan stelsel-stelsel dan kaidah-kaidah hukum dari dua atau lebih negara, yang berbeda dalam lingkungan kuasa tempat, pribadi dan soal-soal.¹⁶

Terdapat beberapa pandangan tentang luas dari HPI.¹⁷ Pandangan pertama adalah HPI hanya meliputi *rechstoepassingsrecht*. Pandangan ini menganggap bahwa istilah Hukum Perselisihan hanya terbatas pada masalah “Hukum yang diperlakukan”. Ini adalah pandangan pertama tentang materi yang termasuk dalam HPI. Pandangan ini misalnya berlaku di Jerman dan Belanda. Materi yang termasuk bidang HPI sangat terbatas. Tetapi di samping pandangan terbatas ini, masih terdapat pandangan-pandangan lain yang beranggapan bahwa bidang HPI jauh lebih luas.

¹⁶ Sudargo Gautama (a), *Pengantar Hukum Perdata Internasional Indonesia*, (Bandung: Binacipta, 1987), hal. 21.

¹⁷ *Ibid*, hal. 8-9.

Pada pandangan kedua, HPI dianggap meliputi permasalahan *choice of law* dan *choice of jurisdiction*. Dalam sistem negara-negara Anglo Saxon, HPI tidak hanya terdiri dari *conflict of laws*, tetapi juga meliputi persoalan-persoalan *conflicts of jurisdiction* atau *choice of jurisdiction*, yakni persoalan tentang kompetensi wewenang hakim. Jadi tidak hanya mengenai “*hukum manakah yang berlaku*”, tetapi juga mengenai “*hakim manakah yang berwenang*”. Menurut sistem hukum Anglo Saxon, sebelum hakim mempertanyakan hukum mana yang harus digunakan, dia akan mempertanyakan apakah ia sebagai hakim berwenang untuk mengadili peristiwa ini. Setelah hakim memutuskan bahwa dia berwenang untuk mengadili, barulah sang hakim akan menentukan hukum manakah yang berlaku.

Pandangan ketiga tentang HPI adalah yang lebih luas lagi yaitu seperti dikenal dalam negara-negara latin (Italia, Spanyol, dan Amerika Selatan). Masalah-masalah tentang status orang asing (*condition des estrangers*, *vreemdelingen-statuut*) dianggap termasuk pula dalam HPI, di samping masalah-masalah pilihan hukum dan pilihan forum. Sehingga HPI dianggap meliputi permasalahan *choice of law*, *choice of jurisdiction* serta *condition des estrangers*.

Di samping ketiga pandangan di atas, terdapat pandangan yang paling luas yaitu pandangan keempat, seperti yang dianut dalam HPI Perancis. Pandangan ini menanggapi bahwa HPI tidak hanya meliputi masalah-masalah *choice of law*, *choice of jurisdiction*, dan *condition des estrangers*, tetapi juga meliputi tentang kewarganegaraan (*nationality*). Empat bagian HPI ini dalam textbook-textbook HPI Perancis selalu diperhatikan. Dalam majalah-majalah yang terpenting untuk HPI di Perancis, misalnya “*Revue Critique de Droit International Prive*” selalu terdapat rubrik-rubrik tertentu mengikuti empat bagian bidang HPI menurut sistem Perancis ini. Menurut Prof. Gautama, Indonesia menganut aliran yang sama dengan HPI Perancis.

2.1 *Choice of Forum*

Dapat kita lihat, tiga dari empat pendapat menyatakan bahwa salah satu ruang lingkup HPI berkaitan dengan pilihan forum atau *choice of jurisdiction / choice of forum*. Permasalahan kewenangan suatu forum atau lembaga terkait erat dengan persoalan yurisdiksi. Yurisdiksi adalah kekuasaan atau kompetensi hukum (negara) terhadap orang, benda atau peristiwa (hukum), serta merupakan suatu bentuk kedaulatan yang vital dan sentral yang dapat mengubah, menciptakan atau mengakhiri suatu hubungan atau kewajiban hukum.¹⁸ Dalam kaitan itu, pilihan forum berarti “pilihan terhadap yurisdiksi lembaga atau badan yang dilakukan oleh seseorang atau sekelompok orang, baik sendiri-sendiri maupun bersama-sama dalam rangka mengajukan tuntutan pengembalian hak terhadap pihak yang dianggap telah melanggar dan/atau merugikan pihak yang mengajukan tuntutan”.¹⁹ Pada prinsipnya asas kebebasan berkontrak (*freedom of contract*) tidak hanya memberikan kebebasan kepada para pihak untuk mengajukan poin-poin menyangkut pokok kontrak, akan tetapi, meliputi pula kebebasan untuk menyepakati langkah penyelesaian sengketa. Oleh karena itu, melakukan pilihan forum atau pilihan yurisdiksi di luar pengadilan untuk menyelesaikan sengketa yang mungkin terjadi tergolong dalam ruang lingkup asas kebebasan berkontrak.²⁰

Dalam HPI, pilihan forum atau *Choice of Forum* adalah pemilihan yang dilakukan terhadap instansi peradilan atau instansi lain yang oleh para pihak ditentukan sebagai instansi yang akan menangani sengketa mereka jika terjadi di kemudian hari. Layaknya *Choice of Law*, dimana para pihak dapat menentukan hukum substantif mana yang akan berlaku atas kontrak mereka²¹, para pihak dalam suatu kontrak dapat menyepakati sebuah klausula yang isinya menentukan

¹⁸ Eman Suparman, *Pilihan Forum Arbitrase dalam Sengketa Komersial untuk Penegakan Keadilan*, (Bandung: Graha Cipta, 2004), hal. 105.

¹⁹ *Ibid.*, hal. 105-106.

²⁰ *Ibid.*, hal. 127.

²¹ Sudargo Gautama (a), *Pengantar... Op.cit.*, hal. 168.

bahwa, apabila di kemudian hari timbul sengketa dari substansi kontrak yang mereka sepakati tersebut, sengketa dimaksud akan dibawa untuk diselesaikan oleh sebuah lembaga peradilan yang mereka pilih selain pengadilan negeri di Indonesia.²² Di dalam HPI suatu forum umumnya terbuka untuk perkara-perkara perdata dan/atau perkara dagang yang memiliki karakter internasional (*international nature*), yang mungkin terjadi di antara para pihak berkenaan dengan suatu hubungan hukum tertentu. Suatu perkara dianggap memiliki “karakter internasional” atau *international nature*, apabila salah satu subjek hukumnya sebagai pihak atau objek hukum dalam perkara tersebut merupakan unsur asing atau unsur luar negeri (*foreign elements*).²³

Keterlibatan unsur asing dalam suatu forum, tentunya berkaitan erat dengan salah satu cabang HPI, yakni Hukum Acara Perdata Internasional. Hukum Acara Perdata Internasional mencakup semua ketentuan-ketentuan yang bersifat hukum acara perdata yang berunsurkan asing. Hukum Acara Perdata Internasional mengatur aspek-aspek internasional, yakni aspek-aspek asing dari hukum acara berperkara, serta merupakan bagian dari Hukum Acara, sepanjang mengandung unsur-unsur asing.²⁴ Beberapa penyebab adanya unsur-unsur asing antara lain karena para pihak adalah warga negara asing, atau karena alat-alat pembuktian yang diajukan adalah dari luar negeri, atau karena harus dipergunakan hukum materiil asing, atau harus diakui keputusan asing, atau karena harus diadakan bantuan tambahan terhadap pemeriksaan yang dilakukan oleh pengadilan asing (bantuan hukum, *judicial assistance*, *rogatoire commissie*, dan sebagainya). Yang dihadapi misalnya: persoalan kompetensi hakim (*jurisdiction*, *internationale zustandigkeit*) persoalan pengakuan terhadap keputusan-keputusan *recognition*, *enforcement*, hakim dan arbitrase asing, persoalan pembuktian, persoalan-persoalan yang bersifat HPI seperti dalam hal-hal manakah dipakai hukum acara

²² Sudargo Gautama (b), *Hukum Perdata Internasional Hukum yang Hidup*, (Bandung: Alumni, 1983), hal. 53-54.

²³ *Ibid.*, hal. 52.

²⁴ Sudargo Gautama (c), *Hukum Perdata Internasional Indonesia Jilid III Bagian 2 Buku ke-8, ed. 1 cet. 6*, (Bandung: Alumni, 2007), hal. 203.

perdata luar negeri dan kapankah dipakai hukum acara awak.²⁵ Jika hukum asing yang harus dipergunakan dalam suatu persoalan HPI, hukum acara manakah yang harus dipakai dari sistem hukum yang dipergunakan atau sistem hukum acara berperkara awak.²⁶

2.2 Macam-macam *Choice of Forum*

Berkaitan dengan pilihan forum, terdapat beberapa pilihan yang dapat digunakan oleh para pihak untuk dicantumkan dalam kontrak mereka, akan tetapi secara garis besar dapat dikelompokkan menjadi dua jenis, yaitu *adjudicatory methods of settlement* dan *non-adjudicatory methods of settlement*.²⁷ Pilihan pertama yaitu *adjudicatory procedures* atau *adjudication* adalah proses dimana para pihak yang bersengketa memberikan bukti dan argumen kepada pihak ketiga yang netral, yang memiliki kewenangan untuk memberikan putusan, secara objektif, yang mengikat bagi para pihak yang bersengketa.²⁸ *Adjudication* kemudian terbagi dua, yakni *public adjudication* (litigasi di pengadilan) dan *private adjudication* (arbitrase).

Kemudian pilihan kedua adalah pemilihan penyelesaian sengketa secara *non-adjudicatory procedures*. *Non-adjudicatory procedures* kerap kita kenal sebagai *Alternative Dispute Resolutions* (ADR). Perbedaan nyata antara *adjudicatory procedures* dengan *non-adjudicatory procedures* terletak pada ada atau tidaknya putusan yang mengikat bagi para pihak yang bersengketa.²⁹

²⁵ *Ibid.*, hal. 208-209

²⁶ *Ibid.*, hal. 209

²⁷ Eman, *Pilihan Forum... Op.Cit.*, hal. 139-140.

²⁸ Christian Buhring – Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business*, (Hague, Kluwer Law International, 1996), hal. 43.

²⁹ Eman, *Pilihan Forum... Op.Cit.*, hal. 140.

(a) *Public Adjudication* / Litigasi Pengadilan

Pada dunia internasional, *public adjudication* atau penyelesaian melalui proses litigasi di pengadilan kurang diminati karena terhalang masalah kedaulatan. Kedaulatan yang direfleksikan ke dalam yurisdiksi negara, mencakup di dalamnya yurisdiksi pengadilannya. Sangat sulit bagi suatu negara untuk menggantungkan yurisdiksinya ini dengan harga yang harus dibayar, yakni berupa pengakuan dan pelaksanaan putusan pengadilan asing.³⁰ Indonesia juga termasuk salah satunya, masih menganut ketentuan hukum lama, bahwa putusan pengadilan yang dibuat di luar negeri tidak akan (pernah) dilaksanakan di tanah air.³¹ Selain itu, permasalahan lain yang menjadi alasan mengapa penyelesaian melalui pengadilan tidak diminati adalah kenyataan bahwa dewasa ini, pengadilan telah menyimpang dari tugas utamanya dalam memberikan keadilan kepada setiap pencariinya.

Pengadilan dianggap bukan lagi semata-mata sebagai tempat mencari keadilan, tetapi juga tempat mencari kemenangan. Keadaan demikian telah menyebabkan pengadilan memperoleh stigma dari masyarakat sebagai lembaga yang mengalami krisis teramat parah. Di Indonesia sendiri, Adi Sulistiyono menyebutkan beberapa penyebab terjadinya krisis dalam sistem peradilan Indonesia.³² Penyebab tersebut di antaranya: (i) adanya tekanan dari pihak luar terhadap pengadilan dalam memutus perkara; (ii) rendahnya pengetahuan hakim dalam merespon perkembangan hukum; (iii) vonis hakim yang tidak bisa diprediksi dan tidak mencerminkan keadilan masyarakat; (iv) jual beli vonis hakim; (v) korupsi dan kolusi di lingkungan pengadilan; (vi) lamanya pihak-pihak yang bersengketa mendapatkan putusan yang mempunyai kekuatan hukum tetap. Alasan lainnya adalah sifat “terbuka untuk umum” dalam pengadilan. Bagi pelaku

³⁰ Huala Adolf, *Konvensi Den Haag 2005 mengenai Perjanjian Pilihan Forum*, hal. 55.

³¹ 436 RV: “... Keputusan-keputusan yang diberikan oleh badan-badan peradilan luar negeri, tidak dapat dieksekusi (dilaksanakan) di Indonesia.”

³² Adi Sulistiyono, *Mengembangkan Paradigma Penyelesaian Sengketa Non-Litigasi dalam Rangka Pendayagunaan Alternatif Pendayagunaan Alternatif Penyelesaian Sengketa Bisnis/Hak Kekayaan Intelektual*; Disertrasi, (Semarang: PDIH, 2002) hal. 116.

bisnis internasional, reputasi bisnis merupakan sesuatu yang harus dijaga. Mereka cenderung memilih untuk menyelesaikan sengketa yang mereka miliki secara tertutup dan rahasia, agar reputasi mereka tidak tercemar di masyarakat bisnis. Namun kenyataan bahwa sifat pengadilan yang terbuka untuk umum, melahirkan kebebasan berbagai pihak untuk hadir dan mendengarkan proses persidangan di pengadilan. Hal ini menggiring pelaku bisnis internasional untuk memilih forum di luar pengadilan dalam menyelesaikan sengketa yang mereka miliki.

(b) *Alternative Dispute Resolution* (ADR) / Pilihan Penyelesaian Sengketa

Berdasarkan Pasal 1 angka 10 UU No. 30 Tahun 1999, alternatif penyelesaian sengketa adalah lembaga penyelesaian sengketa atau beda pendapat melalui prosedur yang disepakati oleh para pihak, yakni penyelesaian sengketa di luar pengadilan dengan cara konsultasi, negosiasi, mediasi, konsiliasi, atau penilaian ahli. Kelemahan penyelesaian sengketa alternatif semacam negosiasi, mediasi, dan konsiliasi adalah tidak dapat menghasilkan putusan (*award*) yang mengikat para pihak. Konsiliasi mungkin menghasilkan sebuah masukan dari pihak ketiga tentang bagaimana menyelesaikan sengketa, akan tetapi harus ada persetujuan dari para pihak yang bersengketa dalam menerima dan menjalankan masukan tersebut.³³ Mengingat umumnya ketika terjadi sengketa para pihak akan sulit dalam berkompromi, masukan dari pihak ketiga yang dihasilkan dari proses konsiliasi akan sulit untuk dijalankan.

Dalam ADR, mekanisme penyelesaian sengketa alternatif yang paling sederhana dan biasanya prosesnya juga paling cepat adalah melalui negosiasi di antara para pihak atau para penasihat (*adviser*) mereka. Bahkan negosiasi di antara para pihak dianggap paling mendekati sebuah penyelesaian sengketa secara damai, karena para pihak sendiri yang paling mengetahui kekuatan serta kelemahan dari kasus mereka masing-masing. Apabila mereka memerlukan nasihat mengenai sengketa yang dihadapi, mereka selalu dapat meminta nasihat dari para konsultan hukum (*lawyers*), para akuntan, para ahli teknik (*engineers*),

³³ Starke, *Introduction to International Law*, 9th ed., h. 489.

maupun ahli yang lainnya. Namun demikian, negosiasi sangat memerlukan sikap yang netral serta objektif di samping tentu saja kehendak untuk berkompromi. Di samping itu, negosiasi selalu mungkin untuk dilakukan, bahkan setelah metode penyelesaian sengketa yang lain dijalankan. Namun demikian, meski secara teoritis negosiasi memang tergolong cara penyelesaian sengketa komersial yang dianggap paling sederhana dan paling cepat, terkadang para pihak menghendaki agar sengketa mereka diputus oleh lembaga yang putusannya mengikat.³⁴ Oleh karena itu, para pihak biasanya akan menempuh jalan lain, yakni secara khusus memilih penyelesaian lewat forum arbitrase.

2.3 Arbitrase sebagai *Choice of Forum*

Menurut UU No. 30 Tahun 1999, Arbitrase adalah cara penyelesaian suatu sengketa perdata di luar peradilan umum yang didasarkan pada perjanjian arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa.³⁵

Di dalam arbitrase komersial internasional, pilihan forum atau pilihan yurisdiksi sebagai perwujudan dari asas kebebasan berkontrak dinamakan perjanjian arbitrase (*agreement to arbitrate*). Bahkan perjanjian arbitrase itu merupakan dasar yang fundamental bagi para pihak yang menunjukkan kehendaknya untuk menyelesaikan sengketa mereka melalui forum arbitrase. Terdapat dua macam perjanjian arbitrase. Pertama, "*agreement to submit future disputes to arbitration*" atau lazim dinamakan klausula arbitrase (*arbitration clause*)³⁶ sebagai bagian dari kontrak utama (*principal agreement*) para pihak. Kedua, "*agreement to submit existing disputes*", atau secara singkat disebut

³⁴ Eman, *Pilihan Forum... Op.Cit.*, hal. 10-11.

³⁵ Indonesia, Pasal 1 angka 1 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa; L.N. Tahun 1999 Nomor 138; T.L.N 3872.

³⁶ "... which deals with disputes which may arise in the future, does not usually go into too much detail, since it is not known what kind of disputes will arise and how they should best be handled." Redfern & Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, (London: Sweet & Maxwell, 1991), h. 130.

“*submission agreement*”.³⁷ Bentuk yang pertama yakni klausula arbitrase (*arbitration clause*), berkenaan dengan sengketa yang baru akan terjadi di kemudian hari. Oleh sebab itu, rumusan klausula arbitrase tidak selalu dibuat secara rinci, karena belum dapat diketahui sengketa apa yang kelak akan terjadi dan belum diketahui pula bagaimana para pihak akan menyelesaikan sengketa tersebut dengan cara yang paling baik. Bentuk ini disebut dengan *pactum de compromittendo*. Sebaliknya, model yang kedua adalah *submission agreement*, berkenaan dengan sengketa yang telah terjadi, sehingga rumusan substansi *agreement* tersebut dapat disusun secara pasti dan rinci sesuai dengan keadaan sengketanya, sekaligus pula dapat dirancang bagaimana lembaga arbitrase akan menyelesaikan sengketa tersebut. Model yang kedua ini dinamakan *akta kompromis*.³⁸

Kedua bentuk perjanjian arbitrase (*agreement to arbitrate*) di muka, baik *pactum de compromittendo* maupun *akta kompromis* pada dasarnya memiliki tujuan serta konsekuensi hukum yang sama. Artinya, perjanjian arbitrase akan melahirkan kompetensi absolut atau kewenangan mutlak forum arbitrase untuk memeriksa sengketa para pihak. Mahkamah Agung berpendirian bahwa klausula arbitrase dengan sendirinya berbobot kompetensi absolut, sehingga yurisdiksi mengadili sengketa yang timbul dari perjanjian, dengan sendirinya menurut hukum jatuh menjadi kewenangan absolut Mahkamah Arbitrase (*arbitral tribunal*). Oleh karena itu, setiap pengadilan menghadapi kasus gugatan yang seperti itu, ada atau tidak ada eksepsi, harus tunduk pada ketentuan Pasal 134 HIR, dan menyatakan dirinya tidak berwenang untuk mengadili.³⁹ Sebagai konsekuensi hukumnya penyelesaian sengketa dimaksud akan ditarik keluar dari yurisdiksi hakim pengadilan negeri dan selanjutnya menjadi kewenangan forum

³⁷ “...deals with an existing dispute and can be tailored exactly to fit the circumstances and to provide in detail how the arbitral tribunal should deal with the dispute. A submission agreement may take the form of a brief agreement to submit an existing dispute to the procedures of an arbitral institution.” *Ibid.*

³⁸ Eman, *Pilihan Forum... Op.Cit.*, hal. 95.

³⁹ Yahya Harahap, *Arbitrase Ditinjau dari: Rv, BANI Rules, ICSID, UNCITRAL Arb. Rules, NY Convention, PERMA 1 Th. 1990*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2001), hal. 87.

arbitrase yang dipilih oleh para pihak. Sebaliknya pengadilan negeri menjadi tidak berwenang untuk menyelesaikan sengketa bersangkutan.

Umumnya perjanjian arbitrase akan merujuk ke salah satu dari dua jenis arbitrase, yaitu *institutionalized arbitration* dan *ad-hoc arbitration*:

(a) *Institutionalized Arbitration* / Arbitrase Institusional

Arbitrase institusional adalah arbitrase yang diadministrasi oleh sebuah institusi arbitrase berdasarkan peraturan arbitrase institusi terkait.⁴⁰ Institusi arbitrase yang dimaksud disini adalah suatu badan atau lembaga yang sengaja didirikan secara permanen⁴¹ sebagai sarana penyelesaian sengketa. Yang dimaksud dengan permanen di sini adalah selain dikelola dan diorganisasikan secara tetap, keberadaannya juga terus menerus untuk jangka waktu yang tidak terbatas. Di samping itu keberadaan lembaga tersebut tidak hanya bergantung kepada adanya sengketa. Artinya, apakah ada sengketa yang harus diselesaikan atau tidak ada sengketa yang masuk, lembaga tersebut tetap berdiri dan tidak akan bubar, bahkan setelah sengketa yang ditanganinya telah selesai diputus sekali pun. Lembaga tersebut ada yang didirikan dan merupakan bagian dari organ pemerintah suatu negara tertentu namun ada pula yang sifatnya partikelir. Arbitrase institusional partikelir biasanya didirikan oleh atau atas prakarsa individu warganegara maupun kelompok individu, biasanya kalangan pengusaha swasta. Lembaga arbitrase partikelir sudah tentu bukan merupakan bagian dari organ atau institusi pemerintah, sehingga lembaga tersebut biasanya terlepas dari campur tangan pemerintah suatu negara.

Biasanya setiap lembaga arbitrase diorganisasikan dengan manajemen yang teratur oleh para ahli dalam berbagai bidang. Di samping diorganisasikan secara teratur, arbitrase terlembaga ini pun umumnya memiliki perangkat ketentuan hukum formal (*set of rules of arbitration*) sendiri sebagai hukum acara dalam

⁴⁰ Redfern & Hunter, *Law and Practice.. Op.Cit.*, hal. 13.

⁴¹ Article I paragraph (2) *New York Convention*, menyebut arbitrase institusional ini dengan istilah “*permanent arbitral bodies*”, sebagai kebalikan makna dari arbitrase ad hoc yang disebut dengan istilah “*arbitrators appointed for each case*”.

rangka proses dan prosedur arbitrasenya. Tujuan pendirian lembaga arbitrase semacam itu biasanya diketahui dari statuta lembaga tersebut. Secara umum tujuan pendirian arbitrase institusional adalah dalam rangka menyediakan sarana penyelesaian sengketa alternatif, di luar sarana penyelesaian sengketa konvensional yang dikenal dengan pengadilan. Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI) adalah salah satu contoh arbitrase institusional yang didirikan di Indonesia. Berdasarkan anggaran dasarnya, BANI didirikan dengan tujuan memberikan penyelesaian yang adil dan cepat dalam sengketa-sengketa perdata yang timbul mengenai soal-soal perdagangan, industri, dan keuangan, baik yang bersifat nasional maupun yang bersifat internasional.⁴² Di Indonesia, sengketa-sengketa yang dapat diselesaikan melalui arbitrase masih berkisar pada bidang hukum perikatan atau hukum kontrak.⁴³ Sedangkan pada negara-negara lain ternyata tidak hanya sengketa yang termasuk bidang hukum perikatan yang dapat diselesaikan melalui arbitrase, melainkan juga sengketa-sengketa di dalam bidang hukum yang lainnya. Contohnya seperti CAS (*Court of Arbitration for Sport*) yang khusus menyelesaikan sengketa di bidang olahraga.

Seperti halnya suatu pengadilan nasional dari suatu negara, pada dasarnya setiap arbitrase institusional selalu mempunyai hubungan dengan yurisdiksi suatu negara tertentu. Artinya, setiap arbitrase institusional memiliki nasionalitas atau status kewarganegaraan dari suatu negara tertentu. Sekurang-kurangnya terdapat tiga faktor mengapa nasionalitas suatu arbitrase institusional penting untuk diketahui. Julian D.M. Lew⁴⁴ menyebutkan alasan-alasan tersebut yaitu: Pertama, untuk menentukan *lex arbitri*, yaitu hukum yang mengatur tentang proses arbitrase dan hukum yang menentukan pokok sengketa apakah yang harus dipertimbangkan oleh para arbitrator; Kedua, untuk menentukan pengadilan nasional negara mana

⁴² Pasal 1 Anggaran Dasar BANI; dalam R. Subekti, *Arbitrase Perdagangan*, (Bandung: Binacipta, 1981), hal. 51.

⁴³ Pasal 5 ayat (1) UU No. 30 Tahun 1999 menyatakan: “*Sengketa yang dapat diselesaikan melalui arbitrase hanya sengketa di bidang perdagangan dan mengenai hak yang menurut hukum dan peraturan perundang-undangan dikuasai sepenuhnya oleh pihak yang bersengketa.*”

⁴⁴ Julian D.M. Lew, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, (Oceana Publication Inc., 1978), hal. 13.

yang memiliki yurisdiksi terhadap arbitrase tersebut. Hal itu penting karena pengadilan suatu negara pada dasarnya memiliki kewenangan untuk mengawasi, bahkan bila perlu mencampuri proses arbitrase yang berlangsung pada negara tersebut; dan Ketiga, untuk mengetahui prosedur yang harus diikuti dalam rangka pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase tersebut. Mengapa hal itu dianggap penting? Oleh karena persoalan yang seringkali terjadi dalam kaitannya dengan yang disebut terakhir itu adalah menyangkut sulitnya pelaksanaan putusan arbitrase terutama putusan arbitrase yang dijatuhkan di luar negeri atau arbitrase internasional.

Sudah menjadi citra bahwa putusan arbitrase nasional (domestik) pelaksanaannya relatif lebih mudah, bahkan hampir tidak ada masalah bila dibandingkan dengan eksekusi putusan arbitrase internasional (*foreign arbitral awards*).⁴⁵ Walaupun demikian, untuk menentukan apakah suatu arbitrase itu tergolong arbitrase nasional atau arbitrase internasional tidak selalu mudah. Hal itu disebabkan banyak faktor yang turut menentukan. Sebagai panduan dalam rangka memahami apakah sesuatu forum arbitrase itu tergolong arbitrase nasional atau arbitrase internasional, serta dimana letak perbedaannya, dapat disimak dari pengertian yang diberikan oleh Redfern berikut ini: “...*Domestic arbitrations usually take place between the citizens or residents of the same state, as an alternative to proceedings before the courts of law of that state.*”⁴⁶ Dari rumusan di atas tampak bahwa faktor-faktor kebangsaan atau tempat tinggal para pihak yang bersengketa antara lain menjadi indikasi untuk menentukan apakah suatu arbitrase itu termasuk arbitrase nasional atau arbitrase internasional. Beberapa faktor lain yang juga dapat dijadikan indikasi untuk menentukan apakah suatu arbitrase termasuk arbitrase nasional atau internasional antara lain: (i) pokok sengketa, (ii) kebangsaan atau tempat tinggal para pihak dan para arbitratornya, (iii) hukum yang digunakan, dan (iv) tempat pemeriksaan arbitrase dilangsungkan. Berkaitan dengan yang disebut terakhir yaitu tempat arbitrase dilangsungkan, ada

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ Redfern & Hunter, *Law and Practice... Op.Cit.*, hal. 14.

pendapat bahwa: “*The arbitration may be totally domestic but for one element, e.g. the place of arbitration.*”⁴⁷

(b) *Ad hoc Arbitration* / Arbitrase Ad hoc

Sebagai bentuk alternatif dari arbitrase institusional adalah arbitrase ad hoc. Dalam pengertian ini yang dimaksud dengan "arbitrase ad hoc adalah arbitrase yang tidak diselenggarakan atau tidak melalui suatu badan atau lembaga arbitrase tertentu (*institutional arbitration*).”⁴⁸ Menurut Alan Redfern, arbitrase ad hoc adalah arbitrase tanpa menunjuk institusi arbitrase tertentu untuk mengadministrasikan arbitrase tersebut, serta tanpa merujuk pada peraturan institusi arbitrase tertentu.⁴⁹ Sebagai bentuk lain dari arbitrase institusional, arbitrase ad hoc adalah arbitrase yang sifatnya tidak permanen. Artinya, keberadaan atau eksistensi arbitrase tersebut sangat bergantung pada kebutuhan pihak-pihak yang bersengketa, yang menghendaki penyelesaian sengketa mereka melalui arbitrase ad hoc tersebut.

Pada arbitrase ad hoc pihak-pihak yang bersengketa tidak hanya dapat bersepakat untuk menyelesaikan sengketa, melainkan juga para pihak memiliki kewenangan untuk mengendalikan setiap aspek dan prosedur penyelesaian sengketa yang akan dilakukan. Dalam arbitrase ad hoc melakukan pengangkatan arbitrator atau para arbitrator beserta segala kompetensinya juga merupakan kewenangan pihak-pihak yang bersengketa. Tempat arbitrase dilangsungkan juga dapat ditetapkan berdasarkan kehendak para pihak. Mereka dapat memilih tempat arbitrase dilangsungkan pada tempat tinggal atau tempat kediaman mereka atau dapat juga memilih tempat tinggal arbitratornya. Bahkan dapat juga memilih tempat lain yang bukan tempat tinggal para pihak atau arbitrator, melainkan tempat dimana asset yang menjadi objek sengketa berada. Demikian pula halnya

⁴⁷ Julian D.M. Lew, *Applicable Law... Op. Cit.*, hal. 13, 38.

⁴⁸ Sudargo Gautama, *Arbitrase Dagang Internasional...*, h.19.

⁴⁹ Redfern & Hunter, *Law and Practice...*, h.56.

di dalam menetapkan kaidah hukum yang akan dipakai dalam menyelesaikan sengketa mereka, para pihak dapat memilih peraturan prosedur arbitrase (*rules of arbitral procedure*) sesuai dengan yang mereka kehendaki. Artinya, para pihak tidak terikat untuk memakai peraturan prosedur arbitrase dari suatu arbitrase institusional tertentu.

Pilihan untuk menggunakan peraturan prosedur arbitrase dapat dilakukan terhadap berbagai kaidah arbitrase. Umpamanya saja, *UNCITRAL Arbitration Rules (UAR)* sebagai kaidah hukum acara arbitrase mereka. Perangkat kaidah *UNCITRAL Arbitration Rules (UAR)* tersebut disediakan untuk dipergunakan dalam arbitrase ad hoc, karena UAR sendiri tidak memiliki lembaga arbitrase (*arbitral institution*) tertentu. Walaupun demikian apabila para pihak menghendaki, arbitrase ad hoc dapat juga dilangsungkan pada salah satu arbitrase institusional tertentu. Dalam hal demikian, para pihak tidak diharuskan memakai perangkat kaidah arbitrase dari lembaga arbitrase tersebut, melainkan dapat juga memilih kaidah arbitrase lain misalnya *UNCITRAL Arbitration Rules (UAR)* sebagai kaidah hukum acara arbitrasenya. Demikian juga para arbitrator tidak memiliki kewajiban untuk memakai perangkat kaidah dari lembaga arbitrase tersebut. Artinya lembaga arbitrase bersangkutan akan mempergunakan kaidah arbitrase *UNCITRAL Arbitration Rules (UAR)* yang telah dipilih para pihak. Arbitrase semacam itu disebut dengan arbitrase ad hoc yang diadministrasikan oleh lembaga arbitrase yang sudah ada (*administered ad hoc arbitration*).⁵⁰ Satu hal yang tidak dapat dilupakan bahwa kaidah arbitrase UNCITRAL itu sifatnya optional, sehingga tidak ada kewajiban bagi siapa pun yang hendak menyelesaikan sengketa melalui arbitrase untuk memakainya. Oleh karena itu, para pihak yang bersengketa bebas untuk melakukan pilihan, apakah hendak memakai kaidah tersebut atau tidak. Akan tetapi untuk penyelesaian sengketa pada arbitrase ad hoc, memakai kaidah yang sifatnya optional seperti halnya kaidah arbitrase UNCITRAL agaknya lebih tepat daripada merujuk pada peraturan institusi arbitrase tertentu. Hal itu disebabkan perangkat ketentuan

⁵⁰ Sudargo Gautama (d), *Arbitrase Dagang Internasional*, (Bandung: Alumni, 1986), hal. 20.

tersebut pada dasarnya hanya bersangkutan-paut dengan arbitrase institusional bersangkutan, sehingga kaidah tersebut belum tentu dapat efektif dan cocok bila dipakai di dalam arbitrase ad hoc.⁵¹

Ketika para pihak telah memilih peraturan badan arbitrase sebagai hukum acara yang akan mereka gunakan dalam menjalankan arbitrase, maka akibatnya seluruh pengaturan dalam peraturan badan arbitrase tersebut menjadi kewajiban yang harus ditaati oleh para pihak. Begitu pula ketika para pihak telah merancang sendiri tata cara prosedur arbitrase mereka yang akan diadakan secara ad-hoc. Peraturan yang mereka buat akan menjadi hukum acara yang harus mereka taati selama arbitrase berlangsung. Hal ini menyebabkan keberadaan pengaturan tentang asas kerahasiaan dalam tata cara prosedur arbitrase yang telah mereka sepakati menjadi suatu asas yang harus ditaati oleh para pihak.

2.4 Keberadaan Asas Kerahasiaan sebagai Peraturan Prosedural Arbitrase

Ketika para pihak telah menentukan bahwa mereka akan menggunakan arbitrase sebagai pilihan forum penyelesaian sengketa, tentunya permasalahan prosedural pelaksanaan proses persidangan arbitrase akan ditentukan oleh pilihan hukum prosedural mereka. Meskipun pada beberapa dekade lalu masih menjadi perdebatan, akan tetapi pada sekarang ini telah tercapai suatu kesimpulan bahwa hukum substantif dalam suatu arbitrase (*substantive law*) dapat berbeda dengan peraturan prosedural arbitrase (*procedural law*) tersebut.⁵² Berbeda dengan *substantive law* yang berkaitan dengan hukum mana yang akan digunakan untuk menyelesaikan sengketa, *procedural law* merupakan ketentuan-ketentuan hukum acara dari suatu proses persidangan arbitrase. Permasalahan *procedural law* termasuk dalam salah satu cabang HPI yakni Hukum Acara Perdata Internasional, dimana tercakup semua ketentuan-ketentuan yang bersifat hukum acara perdata yang berunsurkan asing.⁵³

⁵¹ Alan Redfern, *Law and practice...* Op.Cit., hal. 56.

⁵² Mauro Rubino Sammartino, *International Arbitration Law and Practice*, The Hague: Kluwer Law International, 2001, hal. 475.

⁵³ Lihat *supra*, footnote no. 8.

Dalam hal para pihak telah menentukan *procedural law* yang akan mereka gunakan dalam perjanjian arbitrase mereka, apakah memilih suatu peraturan institusi arbitrase (*institutionalized arbitration*) ataupun merancang peraturan arbitrase mereka sendiri (*ad-hoc arbitration*), maka keseluruhan pengaturan hukum acara yang terdapat di dalamnya haruslah dipatuhi selama proses persidangan arbitrase berlangsung. Ketika para pihak memilih suatu perangkat peraturan institusi arbitrase yang terdapat pengaturan mengenai asas kerahasiaan di dalamnya, maka secara otomatis asas kerahasiaan menjadi suatu prosedur yang harus ditaati oleh para pihak. Hal ini juga berlaku ketika para pihak telah memilih arbitrase secara *ad-hoc*, apabila dalam peraturan yang telah dirancang oleh para pihak telah dimasukkan pengaturan mengenai asas kerahasiaan, maka asas kerahasiaan menjadi suatu ketentuan prosedural yang harus ditaati dalam arbitrase mereka.

Umumnya, pada peraturan institusi arbitrase terdapat suatu pasal yang mengatur tentang bagaimana konsekuensi para pihak yang telah memilih peraturan institusi terkait, haruslah mentaati perangkat prosedur beracara arbitrase yang telah diatur dalam peraturan institusi tersebut. Sebagai contoh mudah, kita dapat melihat pada Pasal 1 *BANI Rules* yang menyatakan:

“Apabila para pihak dalam suatu perjanjian atau transaksi bisnis secara tertulis sepakat membawa sengketa yang timbul diantara mereka sehubungan dengan perjanjian atau transaksi bisnis yang bersangkutan ke arbitrase di hadapan Badan Arbitrase Nasional Indonesia (“BANI”), atau menggunakan Peraturan Prosedur BANI, maka sengketa tersebut diselesaikan dibawah penyelenggaraan BANI berdasarkan Peraturan tersebut, dengan memperhatikan ketentuan-ketentuan khusus yang disepakati secara tertulis oleh para pihak, sepanjang tidak bertentangan dengan ketentuan undang-undang yang bersifat memaksa dan kebijaksanaan BANI. Penyelesaian sengketa secara damai melalui Arbitrase di BANI dilandasi itikad baik para pihak dengan berlandaskan tata cara kooperatif dan non-konfrontatif.”

Dari ketentuan tersebut, kita dapat melihat bahwa ketika para pihak telah memilih *BANI Rules*, keseluruhan peraturan prosedur yang terdapat di dalamnya haruslah ditaati. Termasuk Pasal 13 dari *BANI Rules* yang berkaitan dengan asas kerahasiaan.

Kemudian kita juga dapat melihat pada arbitrase yang diselenggarakan oleh ICSID dimana pada pelaksanaannya akan mengacu pada ICSID *Arbitration Rules*, seperti yang diatur pada *Article 44 ICSID Convention* yang menyatakan bahwa:

“Any arbitration proceeding shall be conducted in accordance with the provisions of this Section and, except as the parties otherwise agree, in accordance with the Arbitration Rules in effect on the date on which the parties consented to arbitration. If any question of procedure arises which is not covered by this Section or the Arbitration Rules or any rules agreed by the parties, the Tribunal shall decide the question.”

Hal ini juga dapat kita lihat pula di *WIPO Rules Art. 2* yang berbunyi:

“Where an Arbitration Agreement provides for arbitration under the WIPO Arbitration Rules, these Rules shall be deemed to form part of that Arbitration Agreement and the dispute shall be settled in accordance with these Rules, as in effect on the date of the commencement of the arbitration, unless the parties have agreed otherwise.”

Ketentuan tersebut membuat setiap arbitrase yang diadakan berdasarkan *WIPO Rules* harus mentaati pengaturan pada *Article 73-76 WIPO Rules* yang berkaitan dengan asas kerahasiaan.

Tentunya cakupan dan batasan dari asas kerahasiaan yang harus ditaati akan bergantung pada pengaturan yang terdapat dalam peraturan institusi arbitrase yang telah dipilih ataupun yang dirancang oleh para pihak. Sebagai contoh, apabila apabila para pihak telah memilih *BANI Rules* sebagai *procedural law* yang akan digunakan dalam arbitrase mereka, maka cakupan dan batasan dari asas kerahasiaan yang berlaku dalam arbitrase mereka akan bergantung pada pengaturan asas kerahasiaan di *BANI Rules*. Permasalahan mengenai cakupan dan batasan tersebut akan dibahas lebih lanjut pada Bab 3.



BAB 3

DEFINISI, CAKUPAN, SERTA BATASAN DARI ASAS KERAHASIAAN DALAM ARBITRASE KOMERSIAL INTERNASIONAL DAN INDONESIA

3.1. Perbedaan asas tertutup (*Privacy*) dengan asas kerahasiaan (*Confidentiality*) dalam Arbitrase

Berbeda dengan proses pengadilan (litigasi) yang terbuka untuk umum, memang benar bahwa jalannya persidangan arbitrase bersifat tertutup, dalam artian tidak ada pihak ketiga yang dapat hadir, kecuali diperbolehkan oleh para pihak. Akan tetapi tidaklah benar untuk menganggap bahwa secara otomatis informasi yang terbuka dalam proses persidangan arbitrase bersifat rahasia.⁵⁴ Dalam arbitrase, *Privacy* (sifat tertutup) dengan *Confidentiality* (asas kerahasiaan), meskipun berkaitan satu sama lain, merupakan dua hal yang berbeda. Jalannya persidangan arbitrase bisa saja tertutup, tetapi belum tentu seluruh informasi yang terdapat di dalamnya dilindungi oleh asas kerahasiaan. Pandangan yang salah terhadap dua istilah tersebut seringkali menyebabkan kesalahpahaman dalam proses arbitrase. *Privacy* atau sifat tertutup yang dimaksud disini adalah hak para pihak untuk membatasi atau melarang sama sekali kehadiran pihak ketiga dalam proses persidangan arbitrase.⁵⁵ Sedangkan *Confidentiality* atau asas kerahasiaan adalah hak para pihak yang bersengketa, agar seluruh pihak yang hadir dalam proses persidangan arbitrase tidak membocorkan segala informasi yang berkaitan dengan materi dan deskripsi berjalannya proses persidangan arbitrase.⁵⁶

⁵⁴ Kyriaki Noussia, *Confidentiality in International Commercial Arbitration: A Comparative Analysis of the Position under English, US, German and French Law*, Hamburg: Springer, 2009, hal. 34.

⁵⁵ Alexis Brown, *Presumption Meets Reality: An Exploration of the Confidentiality Obligation in International Commercial Arbitration*, 2001, hal. 972.

⁵⁶ *Ibid.*

Kesalahan yang sering terjadi adalah ketika para pihak yang menggunakan arbitrase sebagai forum penyelesaian sengketa mereka, mereka kerap memiliki asumsi bahwa dikarenakan proses pemeriksaan dalam arbitrase dilaksanakan secara tertutup, maka secara otomatis, publik tidak dapat mengakses seluruh informasi yang terbuka di dalam proses pemeriksaan. Hal tersebut merupakan pandangan yang salah dikarenakan pada umumnya dalam berbagai hukum arbitrase suatu negara, ataupun peraturan-peraturan institusi arbitrase, tidak terdapat perlindungan asas kerahasiaan yang terperinci,⁵⁷ melainkan hanya pencantuman keberadaan asas kerahasiaan tanpa pengaturan lebih lanjut. Selain itu, pihak ketiga yang hadir dalam proses persidangan arbitrase, jika memang diperbolehkan oleh para pihak (contoh: saksi), tidak terikat oleh kewajiban untuk menjaga asas kerahasiaan karena umumnya pengaturan tentang *confidentiality* hanya mengikat para pihak yang bersengketa dan arbitrator. Para pihak akhirnya menerima perjanjian arbitrase tanpa memasukkan pengaturan mengenai asas kerahasiaan secara tersendiri dan detil. Akibatnya, para pihak yang mengharapkan arbitrase dapat menjaga kerahasiaan identitas, berikut informasi bisnis mereka yang terkuak dalam proses persidangan arbitrase, seringkali dikecewakan. Pada kesimpulannya, sifat tertutup jalannya persidangan arbitrase tidak menjamin asas kerahasiaan yang terdapat dalam arbitrase, dikarenakan informasi yang terkuak di dalamnya dapat dipublikasikan, kecuali para pihak memiliki kontrak secara eksplisit dan detil, yang menyatakan bahwa seluruh informasi dalam arbitrase bersifat rahasia.⁵⁸ Kebutuhan atas perlindungan *privacy* dan *confidentiality* merupakan hal yang menjadi pertimbangan penting bagi masyarakat komersial sekarang ini. Akan tetapi, keberadaan instrumen hukum yang mengatur *privacy* dan *confidentiality* secara detil sangatlah minim atau bahkan tidak ada sama

⁵⁷ Kyriaki Noussia, *Op. Cit.*, hal. 24.

⁵⁸ Goldhaber MD, *Sneak peek: an inside look at more than 100 major disputes from the secret world of arbitration*, Focus Europe, 2005, diakses di <http://www.americanlawyer.com/focuseurope/score-card0605.html>

sekali,⁵⁹ dikarenakan tidak adanya pengaturan secara eksplisit terkait dengan *confidentiality*.⁶⁰ Minimnya pengaturan secara eksplisit terkait hal tersebut adalah alasan utama mengapa *privacy* dan *confidentiality* menjadi permasalahan pelik dalam arbitrase komersial internasional.⁶¹ Akibatnya, pengadilan seringkali mempuskan harapan bahwa *privacy* dan *confidentiality* dalam arbitrase akan dihargai, karena ketiadaan keseragaman doktrin dan pandangan judicial yang berbeda-beda.⁶²

3.1.1. Sejarah Pembedaan *Privacy* dan *Confidentiality*

Hingga akhir tahun 1980-an, pihak pengguna arbitrase tidak membedakan antara *confidentiality* (asas kerahasiaan) dengan *privacy* (sifat tertutup). Mereka menganggap bahwa kedua hal tersebut merupakan hal yang sederajat ataupun sama.⁶³ Akibatnya, para pihak umumnya berasumsi bahwa *privacy* dalam arbitrase mewajibkan, secara tersirat, para pihak yang berpartisipasi dalam proses persidangan arbitrase untuk menjaga *confidentiality*, tanpa mempertanyakan dasar hukum maupun ruang lingkup nya. Proses persidangan arbitrase, termasuk *hearings* (proses pemeriksaan), merupakan masalah tertutup antara para pihak yang bersengketa dengan arbitrator, yang mana pihak ketiga umumnya tidak diperbolehkan untuk mengetahui. Dikarenakan *hearings* dilakukan secara tertutup, para pihak yang bersengketa dilarang untuk membeberkan apa yang terjadi dalam

⁵⁹ Rabinovitch-Einy O, *Going public: diminishing privacy in dispute resolution in the internet age*. Va J L Tech 7(4): 1-26, 2002, hal. 9, diakses di http://www.vjolt.net/vol7/issue2/v7i2_a04-Rabinovitch-E

⁶⁰ Alexis Brown, *Op. Cit.*, hal. 974.

⁶¹ Kyriaki Noussia, *Op. Cit.*, hal. 38.

⁶² Alexis Brown, *Op. Cit.*, hal. 974-975.

⁶³ Steven Kouris, *Confidentiality: Is International Arbitration Losing One of Its Major Benefits?*, 22J. Int'l Arb. 127, 2005, hal. 10.

persidangan arbitrase mereka kepada ‘orang asing’. Apa yang diadakan secara tertutup, dianggap rahasia pula secara otomatis.⁶⁴

Menurut Patrick Neill,⁶⁵ kontroversi dalam arbitrase perihal *privacy* dan *confidentiality* muncul pertama kali pada awal tahun 1980-an, terutama dalam kasus *Oxford Shipping Co. Ltd. v. Nippon Yusen Kaisha*.⁶⁶ Kasus tersebut memperoleh perhatian khusus karena munculnya pertanyaan tentang apakah *hearings* (proses pemeriksaan) dua kasus arbitrase dapat dilakukan secara bersamaan karena memiliki pihak yang berhubungan. Dalam kasus tersebut, pertimbangan mengapa majelis arbitrator memerintahkan untuk melakukan proses pemeriksaan secara bersamaan dikarenakan pihak yang bersengketa adalah antara perusahaan dan anak perusahaan, dengan pihak yang sama, tetapi dalam arbitrase yang berbeda. Akan tetapi salah satu pihak, yakni sang anak perusahaan, menentang tindakan tersebut dengan menggugat hal tersebut di hadapan pengadilan. Akhirnya dinyatakan oleh pengadilan, meskipun terdapat dua pihak yang berhubungan, yakni perusahaan dengan anak perusahaan, tetapi tetap saja tidak dapat dibenarkan untuk mengadakan proses pemeriksaan secara bersamaan, karena tidak semua informasi perusahaan dengan anak perusahaan dapat diketahui satu sama lain. Dalam kasus ini pihak pengadilan sangatlah menghargai proses pemeriksaan arbitrase secara tertutup dan menyatakan bahwa informasi perusahaan salah satu pihak dalam satu arbitrase, tidak dapat dipaparkan oleh pihak lain yang memiliki perjanjian arbitrase yang berbeda.⁶⁷ Seandainya memang pihak perusahaan dan anak perusahaan ingin memiliki proses pemeriksaan yang bersamaan, mereka tentunya akan mengatur demikian.⁶⁸ Akan tetapi karena tidak

⁶⁴ Ileana M. Smeureanu, *Confidentiality in International Commercial Arbitration*, Hague: Kluwer Law International, 2011, hal. 1.

⁶⁵ *Ibid.*, hal. 10.

⁶⁶ 2 Lloyd's Rep, 1984, hal. 373.

⁶⁷ *Ibid.*, hal. 375.

⁶⁸ Collins M, *Privacy and Confidentiality in Arbitral Proceedings*, Arb Int'l 11(3), 1995, hal. 327.

diatur demikian, maka sifat tertutup dari kedua arbitrase tersebut haruslah dihormati. Perlu diperhatikan bahwa dalam kasus tersebut, *privacy* dan *confidentiality* dari *hearings* dianggap dua hal yang sama.⁶⁹

Seiring waktu, praktek dalam pengadilan Inggris mulai berubah dan memahami bahwa terdapat perbedaan dalam kedua hal tersebut. Hal ini terlihat dalam kasus *Dolling Baker v. Merret*⁷⁰ yang menganggap masing-masing konsep tersebut merupakan konsep yang independen atas satu sama lain. Kasus *Dolling Baker* mengambil sikap bahwa asas kerahasiaan dalam arbitrase berangkat dari proses pemeriksaan arbitrase yang dilaksanakan secara tertutup. Pendapat ini berkembang menjadi pandangan klasik⁷¹ tentang asas kerahasiaan dalam arbitrase.

Dalam kasus tersebut, dinyatakan bahwa efektifitas proses pemeriksaan arbitrase yang dilaksanakan secara tertutup akan hilang jikalau segala dokumen yang terdapat di dalamnya dapat dibebaskan ke pihak di luar arbitrase. Berdasarkan pertimbangan tersebut lah pengadilan tingkat tinggi dalam kasus tersebut melarang salah satu pihak untuk membeberkan dokumen yang terdapat di arbitrase lain.⁷² Kasus tersebut mengenai penggugat yang menggugat pihak tergugat 1 sebagai perusahaan penanggung re-asuransi dan pihak tergugat 2 sebagai broker, atas keterlambatan pembayaran polis re-asuransi. Pihak penggugat mengajukan permohonan ke majelis arbitrator agar memerintahkan pihak tergugat 1 untuk membuat daftar seluruh dokumen di kasus-kasus arbitrase lain yang memiliki polis re-asuransi serupa, dengan posisi pihak tergugat 1 dan 2 yang sama seperti di dalam kasus ini, yakni sebagai pihak perusahaan penanggung re-asuransi dan broker. Permohonan tersebut tidak dikabulkan oleh majelis arbitrator, yang kemudian diajukan lagi ke Pengadilan Inggris. Pengadilan Inggris kembali

⁶⁹ Ileana M. Smeureanu, *Op. Cit.*, hal. 2.

⁷⁰ 1 WLR 1205, 1990.

⁷¹ Alan Redfern & Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration 4th ed.*, London: Sweet & Maxwell, 2004, hal. 26.

⁷² Robb A., *Confidentiality and Arbitration*, 2004, diakses di http://www.39essex.co.uk/index.php?art_id=228

menolak permohonan tersebut karena menganggap dokumen tersebut tidak relevan untuk kasus ini. Pihak pengadilan menyatakan bahwa terdapat elemen asas kerahasiaan secara tersirat dalam setiap perjanjian arbitrase. Meskipun tidak mendefinisikan batasan dari asas kerahasiaan, tetapi pihak pengadilan beranggapan bahwa asas kerahasiaan meliputi seluruh dokumen dan informasi yang digunakan dalam proses pemeriksaan arbitrase.⁷³

Akan tetapi, sekarang ini, pendapat yang berlaku adalah pandangan modern⁷⁴ yang berasal dari putusan pengadilan Australia dalam kasus *Esso v. Plowman*, yang secara berani menyatakan bahwa sifat tertutup dan asas kerahasiaan dalam arbitrase berjalan di dua lintasan yang berbeda. Kasus tersebut antara pihak penggugat, yaitu Perusahaan Esso dengan Kementrian Sumber Daya Energi dan Mineral Australia. Esso mengadakan arbitrase untuk menggugat dua perusahaan negara dalam kasus tersebut. Disini, pihak Kementrian Sumber Daya Energi dan Mineral Australia menyatakan bahwa mereka memiliki hak untuk menginspeksi dokumen-dokumen yang digunakan dalam arbitrase tersebut, guna menjalankan tanggung jawabnya untuk mengawasi perusahaan-perusahaan milik negara dan penetapan harga persediaan minyak. Dalam kasus tersebut, Hakim Marks J. dari Pengadilan Tinggi Australia menyatakan:

*“The mere fact that the parties to a dispute agree impliedly or expressly to have it [i.e., the dispute] arbitrated in private does not import any legal obligation or equitable obligation not to disclose to third parties any information at all which may be said to have been obtained by virtue of or in the course of the arbitration.”*⁷⁵

Pertimbangan yang diambil oleh pihak pengadilan dalam kasus ini adalah asas kerahasiaan dalam arbitrase tidaklah mungkin dicapai karena, pertama, tidak ada kewajiban untuk menjaga asas kerahasiaan bagi saksi-saksi dalam proses persidangan arbitrase; dan kedua, sebuah putusan arbitrase pada akhirnya dapat

⁷³ Kyriaki Noussia, *Op. Cit.*, hal. 78-79.

⁷⁴ Ileana M. Smeureanu, *Op. Cit.*, hal. 2.

⁷⁵ Ileana M. Smeureanu, *Op. Cit.*, hal. 2.

diakses oleh publik karena harus dimintakan *exequatur* dari pengadilan.⁷⁶ Meskipun bersifat tertutup, proses persidangan arbitrase tidak lah sekonyong-konyong bersifat rahasia. Asas kerahasiaan dianggap bukanlah sesuatu yang terkandung dalam setiap perjanjian arbitrase. Kemudian, meskipun terdapat kewajiban untuk menjaga asas kerahasiaan dalam suatu arbitrase, pengecualian asas tersebut tetap dapat terjadi. Contohnya adalah pengenyampingan asas kerahasiaan untuk kepentingan publik, seperti yang terdapat dalam kasus di atas.⁷⁷

Pendapat ini menggambarkan bagaimana perspektif terhadap arbitrase di Australia sangat berkebalikan dengan pandangan yang selama ini dianut, seperti yang kita lihat dari kasus-kasus sebelumnya. Pandangan ini menolak untuk mengakui bahwa di dalam sifat tertutup arbitrase, terkandung suatu asas kerahasiaan. Dengan kata lain, *privacy* dan *confidentiality* tidaklah dianggap menjadi hal yang sama, ataupun sejajar, bahkan dianggap tidak berkaitan satu sama lain. Sekarang ini, kita dapat melihat bagaimana pandangan modern tentang asas kerahasiaan lah yang berlaku dengan melihat banyaknya institusi arbitrase, maupun peraturan perundang-undangan arbitrase di negara-negara, yang membedakan dua elemen tersebut, dengan memasukkannya dalam pasal yang berbeda.⁷⁸

3.1.2. Definisi *Privacy*

Pada dasarnya, baik *Confidentiality* maupun *Privacy*, dapat dikatakan sebagai instrumen yang dibentuk untuk mengontrol akses pihak ketiga terhadap proses persidangan arbitrase. Keduanya muncul dari karakter dan tujuan penting arbitrase sebagai forum penyelesaian sengketa yang bersifat ‘ramah’ terhadap dunia komersial.⁷⁹ Terlepas dari kenyataan bahwa terkadang, *confidentiality* dan

⁷⁶ Kyriaki Noussia, *Op. Cit.*, hal. 81.

⁷⁷ *Ibid*

⁷⁸ Ileana M. Smeureanu, *Op. Cit.*, hal. 3.

⁷⁹ Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, Hague: Kluwer Law International, 2009, hal. 2282.

privacy terlihat seperti “dua sisi mata koin”, *privacy* dan *confidentiality* memiliki arti yang berbeda. Tidak ada definisi pasti untuk istilah *privacy*, karena definisinya tergantung pada waktu, tempat, budaya, atau masyarakat. Akan tetapi secara garis besar kata *privacy* memiliki dasar yang sama. *Privacy* dapat berarti *seclusion*, yaitu hak untuk ditinggalkan sendirian, ataupun hak atas informasi yang tertutup. Berkaitan dengan hak atas informasi yang tertutup, hal ini dapat dibedakan lagi antara *secrecy*, *anonymity*, dan *control of information*. *Secrecy* adalah kerahasiaan atas kandungan informasi. *Anonymity* adalah kerahasiaan identitas dari orang yang berkaitan dengan komunikasi informasi. Sedangkan *control of information* adalah kemampuan dari seseorang untuk menentukan siapa yang dapat mengakses informasi serta batasannya.⁸⁰

Dalam arbitrase, *privacy* berkaitan tentang hak seseorang, selain arbitrator dan para pihak bersengketa beserta perwakilannya dan saksi-saksi, untuk menghadiri pemeriksaan arbitrase dan untuk mengetahui keberadaan arbitrase sebagai forum penyelesaian suatu sengketa. Dapat dikatakan hampir seluruh peraturan perundang-undangan arbitrase serta peraturan badan-badan arbitrase di berbagai negara, mengatur bahwa pemeriksaan dilakukan secara tertutup, mencegah kehadiran pihak-pihak luar yang tidak diperlukan untuk tujuan proses pemeriksaan arbitrase.⁸¹ Seperti yang dikatakan oleh Thomas Clay dalam tulisannya, yakni:

*“it is from the privacy that the parties derive their right to exclude any foreign persons to the proceedings. This the reason why arbitration is not simply private justice but justice rendered in private.”*⁸²

⁸⁰ Rabinovitch-Einy O, *Op. Cit.*, hal. 5-8.

⁸¹ Hanya beberapa peraturan institusi arbitrase yang tidak memasukkan pengaturan tersebut. Lihat: *The International Arbitration Rules of the Chamber of National and International Arbitration of Milan (CAM Rules)*, *the Arbitration Rules of the German Institution of Arbitration (DIS Rules)*, *the Singapore International Arbitration Centre Rules (SIAC Rules)*, dan *Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration (KLRC Rules)*.

⁸² Ileana M. Smeureanu, *Op. Cit.*, hal. 4.

Maka pertanyaannya, siapa sajakah yang termasuk pihak asing? Dalam *Esso/BHP v. Plowman*, “orang asing” didefinisikan sebagai seseorang yang kehadirannya tidak dibutuhkan atau tidak berguna untuk membantu jalannya proses persidangan arbitrase. Akan tetapi, jika hanya sebatas melarang seseorang untuk hadir dalam proses persidangan arbitrase, tidak serta merta menjamin bahwa publik tidak akan mengetahui apa yang terjadi dalam arbitrase, maupun dokumen-dokumen yang terdapat dalam proses persidangan arbitrase. Perlu diperhatikan bahwa *privacy* tidak berhubungan dengan seluruh proses persidangan arbitrase, tapi sebatas pada proses pemeriksaannya saja. Oleh karena itu, *privacy* hanya dapat berlaku pada arbitrase-arbitrase yang memang terdapat proses pemeriksaan secara oral (*hearings*).

Antonias Dimolitsa dalam tulisannya,⁸³ menyatakan bahwa terdapat dua jenis pengaturan dalam peraturan arbitrase yang berkaitan tentang *privacy*. Jenis yang pertama adalah ketika jalannya proses pemeriksaan secara tertutup membutuhkan persetujuan dari para pihak yang bersengketa serta majelis arbitrator. Jenis ini dapat kita temui dalam *ICC Rules of Arbitration*⁸⁴, *CIETAC Rules*⁸⁵, serta *Arbitration Rules of the International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID)*.⁸⁶ Jenis yang kedua adalah jenis dimana baik arbitrator ataupun para pihak semata yang dapat menentukan apakah proses pemeriksaan akan dilakukan secara tertutup atau tidak. Jenis ini dapat ditemukan

⁸³ Antonias Dimolista, *Institutional Rules and National Regimes Relating to the Obligation of Confidentiality on Parties in Arbitration in Confidentiality in Arbitration*, ICC IC Arb Bull., Special Supplement, 2009, hal. 5 & 7.

⁸⁴ Article 26 (3) ICC Rules: “*The Arbitral Tribunal shall be in full charge of the hearings, at which all the parties shall be entitled to be present. Save with the approval of the Arbitral Tribunal and the parties, persons not involved in the proceedings shall not be admitted.*”

⁸⁵ Article 33 (1) CIETAC Rules: “*Hearings shall be held in camera. Where both parties request an open hearing, the arbitral tribunal shall make a decision.*”

⁸⁶ Article 31 (2) ICSID Rules: “*unless either party objects, the Tribunal, after consultation with the Secretary-General, may allow the persons, besides the parties, their agents, counsel and advocates, witnesses and experts during their testimony and officers of the Tribunal to attend or observe all or part of the hearings, subject to appropriate logistical arrangements.*”

dalam *London Court of International Arbitration (LCIA) Rules*⁸⁷, *Arbitration Rules of the Dubai International Arbitration Center (DIAC)*⁸⁸, serta *Arbitration Rules of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC)*.⁸⁹

3.1.3. Definisi Confidentiality

Menurut Mason CJ dalam kasus *Esso v. Plowman*:

*“The privacy of an arbitration hearing is not an end in itself; surely, it exists only to maintain confidentiality of the dispute which the parties have agreed to submit arbitration [...] Any aspect of disclosure to third parties must infringe the privacy of arbitration. Thus, if one party is free to disclose to a newspaper or media outlet the progress of the arbitration and the evidence adduced in the course, the notion of privacy is meaningless.”*⁹⁰

Alasan keberadaan *privacy* adalah untuk menjaga *confidentiality* dalam arbitrase. *Confidentiality* tidak akan ada tanpa *privacy* dan *privacy* tidak akan berarti tanpa *confidentiality*.⁹¹ *Confidentiality* dalam arbitrase mengacu pada kerahasiaan informasi yang terkait dengan, dan terbuka dalam, proses persidangan arbitrase. Tidak seperti *privacy* yang menekankan pada ketertutupan proses pemeriksaan arbitrase, *confidentiality* adalah suatu keadaan kerahasiaan yang melekat terhadap seluruh materi yang terdapat, serta digunakan, di dalam, proses arbitrase. Berkenaan tentang kaitan antara *confidentiality* dan *privacy*, permasalahan *confidentiality* dapat memiliki porsi yang sangat sempit jika memang pemeriksaan arbitrase tidak dilaksanakan secara tertutup. Seperti yang disebutkan dalam putusan kasus *Dolling Baker v. Merret*, yaitu: *“There would be little point in excluding the public from an arbitration hearing if it were open to*

⁸⁷ Article 19 (4) LCIA Rules: *“All meetings and hearings shall be in private, unless the parties agree otherwise in writing or the Arbitral Tribunal directs otherwise.”*

⁸⁸ Article 28 (3) DIAC Rules, memiliki pengaturan yang serupa dengan Art. 19 (4) LCIA Rules.

⁸⁹ Article 27 (3) SCC Rules: *“Unless otherwise agreed on by the parties, hearings will be held in private.”*

⁹⁰ Ileana M. Smeureanu, *Op. Cit.*, hal. 3.

⁹¹ Alexis Brown, *Op. Cit.*, hal. 972.

party to make public, for example, in the press, or on television, an account of what was said or done at the hearings.”⁹²

Menurut L Yves Fortier, konsep *privacy* tidak akan berarti apa-apa bila para peserta arbitrase diharuskan menjalani proses pemeriksaan arbitrase secara tertutup di siang hari, tetapi bebas untuk berkotbah di malam hari.⁹³ *Privacy* mungkin dipandang sebagai jaminan atas *confidentiality*⁹⁴, tetapi jelas kedua ide tersebut berlainan satu sama lain. *Confidentiality* mencakup lebih jauh dari proses pemeriksaan, yakni meliputi segala hal yang terjadi, baik sebelum dan sesudah proses pemeriksaan berlangsung. *Privacy* dan *confidentiality* mungkin dapat berkaitan erat dalam hal proses pemeriksaan, tetapi hal ini tidak berarti bahwa seluruh informasi yang dipaparkan dalam proses pemeriksaan menjadi rahasia, tetapi sebaiknya hanya dapat “dianggap” rahasia.⁹⁵

Confidentiality berkenaan dengan seluruh informasi yang berhubungan dengan isi dari proses persidangan, dokumen dan bukti-bukti, alamat, maupun transkrip proses pemeriksaan ataupun putusan arbitrase.⁹⁶ *Confidentiality* menyiratkan bahwa haruslah ada kewajiban kepada para pihak untuk tidak membocorkan ataupun menggunakan dokumen-dokumen yang digunakan dalam arbitrase untuk tujuan lain, atau membocorkan jalannya persidangan arbitrase, atau transkrip atau catatan bukti-bukti dalam arbitrase ataupun putusan arbitrase, ataupun membocorkan bukti-bukti yang diberikan oleh para saksi dalam arbitrase.⁹⁷

⁹² Ronald Bernstein, *Handbook of Arbitration Practice*, London: Sweet & Maxwell, 1987, para. 13.6.3.

⁹³ L Yves Fortier, *The Occasionally Unwarranted Assumption of Confidentiality*, 15-2 Arb. Int'l 131, 1999, hal. 12.

⁹⁴ *Ibid.*, hal. 15.

⁹⁵ Hans Smit, *Breach of Confidentiality as a Ground for Avoidance of the Arbitration Agreement*, 11 Am. Rev. Int'l Arb. 576.

⁹⁶ Antonias Dimolista, *Op. Cit.*, hal. 7.

⁹⁷ Ileana M. Smeureanu, *Op. Cit.*, hal. 4.

Confidentiality tercabang menjadi dua yaitu “objek” yang dilindungi (seperti keberadaan dari arbitrase itu sendiri, nama dari para pihak, nama dari majelis arbitrator, fakta yang diungkapkan selama proses pemeriksaan, barang-barang bukti, surat gugatan dan pembacaan gugatan, transkrip, putusan arbitrase), dan “subjek” yang tunduk pada kewajiban untuk menjaga kerahasiaan objek yang dilindungi (seperti para pihak dan kuasa hukumnya, majelis arbitrator, badan arbitrase serta pegawainya, saksi-saksi).⁹⁸ Terdapat ketidakpastian yang sangat signifikan berkaitan tentang ruang lingkup *confidentiality* dalam arbitrase di berbagai instrumen hukum internasional maupun nasional. Memberikan definisi yang seragam untuk konsep *confidentiality* bukanlah hal yang mudah. Secara umum, *confidentiality* dapat dikatakan mengacu kepada keadaan rahasia yang meliputi proses arbitrase secara keseluruhan. Keadaan rahasia tersebut semata-mata mengacu pada informasi digunakan, dibuat, ataupun dibeberkan selama proses persidangan arbitrase. Informasi-informasi tersebut memiliki bentuk yang beragam, yang dapat disampaikan melalui berbagai saluran komunikasi, termasuk “material”, “gugatan”, “pembacaan”, “transkrip”, dsb.⁹⁹ Tidak termasuk dalam lingkup informasi yang disebutkan adalah sesuatu yang sudah ada di wilayah publik ataupun informasi yang memang dasarnya tidak rahasia.

Klasifikasi oleh Yves Derains

Salah satu ahli hukum arbitrase, Yves Derains, memperkenalkan suatu konsep yang membagi *confidentiality* secara relatif dan *confidentiality* secara absolut.¹⁰⁰ Klasifikasi ini berhubungan dengan pengadministrasian bukti di

⁹⁸ Manfred Heider, “*Future Work In The Field of Arbitration: Confidentiality of Information in Arbitral Proceedings; Raising Claims in Arbitral Proceedings for the Purpose of Set Off*”, makalah disampaikan pada UNCITRAL and VIAC Conference “20 Years of UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, Vienna, Maret 2005.

⁹⁹ Lihat “*Lovells Client Note*”, *Disclosure of Documents in Arbitrations Proceedings*, diakses di <http://www.lovells.com/NR/rdonlyres/560FB8A2-C8CD-47D5-AC34FE8B42BFE9A9/0/5754D3Disclosureofdocs.pdf>.

¹⁰⁰ Yves Derains, *Evidence and Confidentiality*, ICC IC Arb Bull., Special Supplement, 2009, hal. 61.

arbitrase internasional dan, secara utama, bertujuan untuk melindungi kerahasiaan informasi yang terdapat dalam suatu proses persidangan arbitrase.

Dalam konsep “*relative confidentiality*”, Yves Derains memasukkan seluruh informasi yang tidak rahasia dalam arbitrase tersebut, tetapi dilindungi oleh asas kerahasiaan, yakni tidak dapat dibebarkan di arbitrase lain maupun persidangan pengadilan umum. Informasi jenis ini haruslah tetap bersifat rahasia secara eksklusif digunakan hanya untuk arbitrase ini. Dalam konsep “*relative confidentiality*”, pihak yang memaparkan informasi tidak mengkhawatirkan pihak lawannya untuk mengetahui informasi tersebut, tetapi lebih pada tindakan lawannya dalam membeberkan informasi tersebut kepada pihak ketiga.

Konsep “*absolute confidentiality*” mengacu pada contoh dimana salah satu pihak dalam arbitrase berusaha untuk mencegah akses atas informasi dirinya sendiri. Konsep ini adalah konsep klasik dimana salah satu pihak berusaha untuk menolak permintaan penggunaan dokumen berdasarkan asas kerahasiaan. Objek yang dilindungi asas kerahasiaan dalam konsep ini adalah informasi yang dimiliki secara pribadi. Menurut Derains, sifat kerahasiaan informasi tersebut harus dibuktikan secara *ex parte*, dalam artian tidak diketahui oleh pihak lawan.¹⁰¹ Sifat kerahasiaan informasi tersebut dapat dibuktikan secara kesimpulan logis ataupun dengan mengajukan dokumen pendukung ataupun testimoni yang tidak bersifat rahasia. Beliau menyatakan bahwa terkadang sangatlah mustahil untuk memberikan bukti-bukti tersebut tanpa memaparkan informasi itu sendiri.

Klasifikasi tersebut menjadi sangatlah penting ketika menjalankan kewajiban untuk menjaga asas kerahasiaan. Dalam *relative confidentiality*, pihak yang menentang pembocoran hanya perlu mencari perlindungan untuk mencegah pihak lain menggunakan informasi tersebut di luar proses persidangan. Majelis arbitrator akan diberikan kesempatan untuk menganalisis informasi tersebut, mendengar pendapat dari para pihak, dan menentukan apakah perlindungan atas informasi tersebut dibutuhkan atau tidak.

¹⁰¹ *Ibid.*, hal. 62.

Namun, dalam skenario *absolute confidentiality*, jika salah satu pihak berusaha untuk menolak penggunaan dokumen dalam proses arbitrase, Derains menyarankan beberapa pilihan. Pilihan pertama adalah pelepasan informasi secara sebagian kepada pihak yang meminta, dengan catatan pihak peminta haruslah kerahasiaan dokumen yang tetap disimpan. Pengubahan atas informasi tersebut menjadi langkah utama dalam menjaga kerahasiaan untuk kasus ini. Akan tetapi bila arbitrator menganggap informasi tersebut sangatlah relevan dan memerintahkan pemaparan informasi tersebut secara utuh kepada pihak lawan, untuk menjaga “*relative confidentiality*” maka arbitrator akan memerintahkan *protective measures*. Pilihan kedua dalam *absolute confidentiality* adalah mengadakan pertemuan tertutup antara perwakilan kuasa hukum dari masing-masing pihak untuk membahas tingkat kerahasiaan dokumen terkait dan mengadakan persetujuan tentang penggunaan dokumen tersebut. Para kuasa hukum tidak akan membuat salinan ataupun membuat catatan atas solusi yang dibuat oleh ketua majelis arbitrator. Pilihan terakhir untuk mengamankan “*absolute confidentiality*” atas suatu dokumen adalah pemeriksaan oleh majelis arbitrator secara *ex parte* dan perbandingan dokumen yang telah digubah dengan versi aslinya, guna menentukan apakah dokumen gubahan tersebut dapat digunakan untuk keperluan barang bukti. Derains menyarankan *measures* yang lebih jauh untuk menerapkan *confidentiality*, yang tergantung dari penemuan majelis arbitrase.

Klasifikasi tersebut merupakan pandangan yang baru dalam menganalisis asas kerahasiaan. Beliau tidak memandang jenis informasi yang dilindungi, ataupun memeriksa secara rinci kewajiban menjaga asas kerahasiaan dari sudut pandang penggunaannya, tetapi lebih mengamati apa yang terdapat di dalam dan di luar batasan proses persidangan arbitrase. Pandangan ini, dapat dikatakan, menambah dimensi baru terhadap definisi asas kerahasiaan.

3.2. Sumber Hukum Asas Kerahasiaan

Terdapat berbagai anggapan tentang sumber hukum yang menjadi dasar keberadaan asas kerahasiaan dalam arbitrase. Selama bertahun-tahun, banyak yang meyakini bahwa asas kerahasiaan lahir dari hubungan kontraktual melalui perjanjian arbitrase.¹⁰² Ada pula yang beranggapan bahwa asas kerahasiaan muncul dari instrumen hukum arbitrase yang dipilih oleh para pihak, yakni peraturan badan arbitrase maupun hukum arbitrase nasional suatu negara. Selain itu, ada pula yang beranggapan bahwa asas kerahasiaan muncul secara otomatis dalam setiap perjanjian arbitrase. Pandangan ini merupakan pandangan konvensional yang dianut di Inggris, yang didasarkan pada alasan efektifitas bisnis dan akibat hukum. Dalam karya tulis ini, Penulis akan membahas satu persatu dasar hukum asas kerahasiaan.

3.2.1. Perjanjian Tertulis Asas Kerahasiaan

Salah satu dasar hukum asas kerahasiaan adalah perjanjian eksplisit di antara pihak yang bersengketa. Mereka dapat membuat perjanjian yang melekat pada perjanjian arbitrase mereka, ataupun perjanjian secara tersendiri yang mengatur tentang asas kerahasiaan dalam arbitrase yang mereka selenggarakan. Patut diperhatikan, umumnya ketika para pihak memilih arbitrase mereka diselenggarakan berdasarkan peraturan institusi arbitrase tertentu, telah terdapat suatu pengaturan asas kerahasiaan secara umum di dalamnya. Akan tetapi dalam hal ini, perjanjian eksplisit di antara pihak yang dimaksud disini adalah pengaturan asas kerahasiaan secara lebih spesifik. Para pihak dapat menyetujui pelarangan penyebaran dokumen ataupun informasi tertentu secara khusus yang digunakan sebagai barang bukti dalam proses persidangan arbitrase. Mereka juga dapat merahasiakan keberadaan proses persidangan arbitrase itu sendiri, identitas mereka, bahkan fakta-fakta yang terdapat dalam sengketa mereka. Perjanjian ini juga dapat dirubah sewaktu-waktu ataupun dihapuskan jika memang para pihak menyetujuinya. Selain itu, para pihak juga dapat menyetujui untuk

¹⁰² Julian D.M. Lew, et.al., *Comparative International Commercial Arbitration*, Hague: Kluwer Law International, 2003, hal. 177.

menghancurkan dokumen-dokumen yang telah selesai digunakan dalam proses persidangan arbitrase mereka, ataupun ketika terjadi gangguan selama proses persidangan arbitrase berlangsung. Kewajiban dalam menjaga asas kerahasiaan yang telah mereka sepakati dapat diatur mengenai siapa saja yang terikat kewajiban tersebut, ruang lingkup dari asas kerahasiaan itu sendiri, dan durasinya, sesuai dengan persetujuan para pihak.¹⁰³

Dalam beberapa kasus tertentu, seperti *Esso v. Plowman* dan *Panhandle Eastern*, dinyatakan bahwa asas kerahasiaan hanya muncul bila para pihak yang bersengketa menyetujui keberadaan asas tersebut secara spesifik dalam kontrak mereka. Hal ini menjadikan perjanjian eksplisit para pihak adalah satu-satunya sumber hukum asas kerahasiaan dalam arbitrase. Apabila para pihak tidak memiliki perjanjian tersebut, maka secara otomatis tidak ada asas kerahasiaan dalam arbitrase mereka. Dapat dikatakan pendekatan ini sangatlah bergantung pada otonomi para pihak. Akan tetapi, pembuatan perjanjian tentang asas kerahasiaan oleh para pihak tidaklah mudah. Seperti yang sudah dibahas di atas, hal ini dikarenakan banyaknya anggapan bahwa kerahasiaan dalam arbitrase merupakan sesuatu yang datang dengan sendirinya. Kemudian, seringkali terjadi, tidak diatur bagaimana suatu tindakan dapat dianggap melanggar asas kerahasiaan, serta sanksi yang dijatuhkan bagi pihak yang melanggar.¹⁰⁴ Selain itu, pada umumnya perjanjian arbitrase dibuat sebelum timbul sengketa, yang menyebabkan para pihak enggan untuk membicarakan secara detil perihal pengaturan arbitrase mereka. Salah satu praktisi hukum bernama David Fraser menyatakan bahwa para pihak tentunya tidak ingin membicarakan permasalahan “penguburan” ketika mereka sedang merundingkan “pernikahan”.¹⁰⁵ Akibatnya, meskipun mereka membuat perjanjian tentang asas kerahasiaan dalam arbitrase mereka, akan ditemukan banyak celah hukum dari pengaturan yang telah mereka sepakati.

¹⁰³ Ileana M. Smeureanu, *Op. Cit.*, hal. 9-10

¹⁰⁴ *Ibid.*, hal. 14.

¹⁰⁵ David Fraser, *Confidentiality in Arbitration*, diakses di http://www.bakerinfo.com/Publications/Documents/756_tx.htm.

Solusi yang dapat diambil oleh para pihak adalah mengambil model klausul asas kerahasiaan yang telah disediakan. Salah satu contohnya adalah yang dikeluarkan institusi arbitrase *International Chamber of Commerce (ICC)*. Pada tahun 2004, ICC membentuk tim khusus untuk merancang *Model Agreement* yang dapat digunakan untuk berbagai jenis transaksi dan industri. Pada tahun 2006, tim tersebut mempublikasikan *ICC Model Confidentiality Agreement* dan *ICC Model Confidentiality Clause*¹⁰⁶. Meskipun dua instrumen tersebut tidak dirancang secara khusus untuk digunakan dalam konteks penyelesaian sengketa, tetapi pengaturan tentang kerahasiaan informasi di dalamnya patut untuk diperhatikan.¹⁰⁷ Berikut ini adalah isinya:

“Option A:

‘Confidential information’ means any information or data or both, communicated by or on behalf of the Disclosing Party to the Receiving Party, including but not limited to any kind of business, commercial or technical information and data in connection with the Purpose, except for information that is demonstrable non-confidential in nature. The information shall be Confidential Information, irrespective of the medium in which that information or data is embedded, and whether the Confidential Information is disclosed orally, visually or otherwise.

Option B:

‘Confidential Information’ means any information or data, or both, communicated by or on behalf of the Disclosing Party to the Receiving Party, including, but not limited to, any kind of business, commercial or technical information and data disclosed between the Parties with the Purpose provided that:

- a) when disclosed in tangible form or via electronic communication it is marked or otherwise identified as “Confidential” by the Disclosing Party; or*

¹⁰⁶ ICC Model Confidentiality Agreement. ICC Model Confidentiality Clause, ICC Publication No. 664—ISBN 978.92.842.1362.7 Copyright © 2006—International Chamber of Commerce 2006. All Rights Reserved. Reproduced with the permission of the ICC Services, Publications Department.

¹⁰⁷ Ileana M. Smeureanu, *Op. Cit.*, hal. 12.

- b) *when disclosed orally or visually it is identified as ‘Confidential’ prior to disclosure and subsequently summarized in writing by the Disclosing Party, and that summary is given to the Receiving Party marked or otherwise identified as ‘Confidential’ within thirty (30) days after that disclosure. In case of disagreement relating to the summary, the Receiving Party must present its objections to the summary in writing within thirty (30) days of receipt.*

Confidential information shall include copies or abstracts made of it as well as any products, apparatus, modules, samples, prototypes or parts that may contain or reveal the Confidential Information.

Confidential Information is limited to information disclosed on or after the date of signature of this Agreement.”

Selain model tersebut, Robert Merkin dan Julian Critchlow juga memberikan contoh klausul asas kerahasiaan¹⁰⁸, yang isinya sebagai berikut:

“Neither party shall disclose to any third party the existence, nature, content or outcome of any arbitration, or purported arbitration, brought in respect of this Agreement.

Neither party shall disclose to any third party:

- (i) *Any document prepared or procured in the course of or otherwise for the purposes of the arbitration;*
- (ii) *Any document prepared or procured by the other party and received in the course of or otherwise for the purpose of the arbitration;*
- (iii) *Any documents received directly and indirectly from the Tribunals or any court of competent jurisdiction including, but not limited to, any direction, order or award;*

save insofar as may be necessary for the purpose of conducting the arbitration itself or making any application to a court of competent jurisdiction in respect of the arbitration, or for the enforcement of any order or award of the Tribunal, or of any order or judgment of the court, or as may be required to comply with any lawful authority.”¹⁰⁹

¹⁰⁸ Michael Hwang S.C. & Katie Chung, “Defining the Indefinable: Practical Problems of Confidentiality in Arbitration”, *Kluwer’s Journal of International Arbitration* 26(5), 2009, hal. 641.

¹⁰⁹ *Ibid.*

Kemudian pada tahun 2010, konferensi ke 74 *International Law Association* di Den Haag, Belanda, yang membahas tentang keberadaan asas kerahasiaan dalam arbitrase juga menawarkan model klausul asas kerahasiaan untuk dicantumkan dalam perjanjian arbitrase. Berikut ini adalah model klausul yang disampaikan dalam konferensi tersebut:

“[A] The parties, any arbitrator, and their agents, shall keep confidential and not disclose to any non-party the existence of the arbitration, all non-public materials and information provided in the arbitration by another party, and orders or awards made in the arbitration (together, the “Confidential Information”). [B] If a party wishes to involve in the arbitration a non-party – including a fact of expert witness, stenographer, translator or any other person – the party shall make reasonable efforts to secure the non-party’s advance agreement to preserve the confidentiality of the Confidential Information. [C] Notwithstanding the foregoing, a party may disclose Confidential Information to the extent necessary to: (1) prosecute or defend the arbitration or proceedings related to it (including enforcement or annulment proceedings), or to pursue a legal right; (2) respond to legitimate subpoena, governmental request for information or other compulsory process; (3) make a disclosure required by law or rules of a securities exchange; (4) seek legal, accounting, or other professional services, or satisfy information requests of potential acquirers, investors or lenders, provided that in each case that the recipient agrees in advance to preserve the confidentiality of the Confidential Information. Further disclosure of Confidential Information may be permitted where there is a demonstrated need to disclose that outweighs any party’s legitimate interest in preserving confidentiality. [D] This confidentiality provision survives termination of the contract and of any arbitration brought pursuant to the contract. This confidentiality provision may be enforced by an arbitral tribunal or any court of competent jurisdiction and an application to a court to enforce this provision shall not waive or in any way derogate from the agreement to arbitrate.”¹¹⁰

Akan tetapi perlu diperhatikan bahwa dalam merancang perjanjian tentang asas kerahasiaan, baik dengan menggunakan model klausul asas kerahasiaan ataupun dengan merancang sendiri, tidak ada yang dapat menerka seluruh kemungkinan permasalahan yang akan timbul di depannya. Perancangan tersebut haruslah dibuat secara rasional dan beralasan. Membuat perjanjian asas

¹¹⁰ Resolution No. 1/120 International Commercial Arbitration, The 74th Conference of International Law Association, Hague, Netherlands, 15-20 August 2010.

kerahasiaan yang terlalu ketat bukanlah sesuatu yang baik, bahkan dapat menjadi “senjata makan tuan” bagi para pihak. Jangan sampai karena pengaturan asas kerahasiaan yang disepakati terlalu berlebihan mengakibatkan para pihak tidak dapat melindungi kepentingannya. Beberapa contoh keadaan yang harus diantisipasi antara lain ketika mengajukan permohonan pengakuan, pelaksanaan ataupun pembatalan putusan arbitrase, mengajukan pengaduan pada pengadilan perihal pelaksanaan arbitrase, pengaturan hukum nasional yang mengharuskan adanya pembeberan informasi, ataupun dalam menanggapi permohonan informasi oleh pengadilan atau badan-badan pemerintahan lainnya.¹¹¹

3.2.2. Asas Kerahasiaan sebagai asas tersirat dalam setiap Perjanjian Arbitrase

Sumber hukum yang satu ini merupakan aliran yang dianut di Inggris selama bertahun-tahun.¹¹² Terlepas dari ketiadaan pengaturan tentang asas kerahasiaan, asas tersebut dianggap sebagai unsur yang muncul dengan sendirinya dalam setiap perjanjian arbitrase, dan dianggap sesuatu yang lahir dari sifat tertutup jalannya proses persidangan dan pemeriksaan arbitrase. Tidak semua kewajiban hukum harus diperjanjikan secara eksplisit. Layaknya asas itikad baik ataupun perdagangan yang jujur, kewajiban untuk menjaga asas kerahasiaan merupakan sesuatu yang terkandung secara implisit.¹¹³ Dalam pandangan ini, pemisahan konsep *privacy* dan *confidentiality* sangatlah gamang, bahkan dianggap tidak berbeda satu sama lain.

Contoh penggunaan sumber hukum ini dapat kita temukan dari kasus-kasus klasik yang terjadi di Inggris. Salah satu contoh yang pertama kali muncul mengenai keberadaan asas kerahasiaan secara tersirat adalah kasus *Dolling Baker v. Merret* yang telah dibahas di atas. Beberapa kasus mengikuti sikap yang telah diambil dalam kasus tersebut, contohnya seperti kasus *Hassneh Insurance Co. of*

¹¹¹ Ileana Smeureanu, *Op. Cit.*, hal. 14.

¹¹² *Ibid.*, hal. 15.

¹¹³ Alexis Brown, *Op. Cit.*, hal. 988.

*Israel v. Stewart J. Mew*¹¹⁴, *Insurance Co v. Lloyd's Syndicate*¹¹⁵, *Ali Shipping Corporation v. Shipyard Trogir*¹¹⁶, *Department of Economics, Policy and Development of the City Moscow v. Bankers Trust Co*¹¹⁷, serta *Michael Wilson and Partners Ltd v. Emmott*¹¹⁸, yang merupakan kasus terkini yang diadakan pada tahun 2008. Hingga saat ini, Hakim-Hakim di Inggris mempertahankan posisi mereka untuk beranggapan bahwa asas kerahasiaan merupakan sesuatu yang lahir secara tersirat. Dengan menyetujui untuk mengadakan arbitrase mereka di Inggris, para pihak dianggap menghargai asas kerahasiaan, yang merupakan suatu akibat hukum yang timbul dari arbitrase.¹¹⁹ Asas kerahasiaan merupakan sesuatu yang melekat dengan proses persidangan arbitrase, dan apabila para pihak ingin mengesampingkan asas tersebut haruslah ada perjanjian tertulis untuk itu. Pola pikir ini yang menyebabkan mengapa kebanyakan badan arbitrase melegitimasi keberadaan asas kerahasiaan dengan memasukkannya dalam pasal yang terdapat di peraturan badan arbitrase mereka.¹²⁰

3.2.3. Peraturan Badan Arbitrase

Telah banyak institusi arbitrase yang memasukkan pengaturan mengenai asas kerahasiaan dalam peraturannya. Dapat dikatakan sumber hukum ini lah yang paling banyak digunakan oleh para pihak pengguna arbitrase untuk melegitimasi keberadaan asas kerahasiaan dalam proses persidangan arbitrase mereka. Tentunya pengaturan mengenai asas kerahasiaan tersebut sangatlah bergantung pada pengaturan dalam peraturan institusi arbitrase yang mereka pilih.

¹¹⁴ 2 Lloyd's Rep, 1993, hal. 243.

¹¹⁵ Lloyd's Rep, 1995, hal. 272.

¹¹⁶ 1 Lloyd's Rep, 1998, hal. 643.

¹¹⁷ EWHC 1377, 2003 (decisions of the High Court); EWCA Civ. 134, 2004 (decision of the Court of Appeal, Civil Division).

¹¹⁸ EWCA Civ. 184.

¹¹⁹ Ileana M. Smeureanu, *Op. Cit.*, hal. 17.

¹²⁰ *Ibid.*

Kebanyakan institusi arbitrase, sekarang ini, memasukkan opsi untuk pasal yang mengatur asas kerahasiaan dalam peraturan mereka. Para pihak dapat mengesampingkan pasal tersebut ataupun mengubah konten dari pasal tersebut sehingga dapat disesuaikan dengan kebutuhan mereka.¹²¹

Ketika kebanyakan peraturan institusi arbitrase mengambil pendekatan yang kurang lebih serupa terhadap asas kerahasiaan, terdapat dua institusi arbitrase dengan pendekatan yang sangat berbeda, yang berkebalikan satu sama lain. Kedua institusi tersebut adalah *World Intellectual Property Organization Arbitration* (WIPO) dan *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID). *WIPO Arbitration Rules* merupakan peraturan institusi arbitrase dengan pengaturan asas kerahasiaan yang paling komprehensif, sedangkan *ICSID's Arbitration Rules* dan kasus-kasus yang menggunakan peraturan arbitrase tersebut mencerminkan keberadaan asas kerahasiaan yang condong kepada transparansi.

Peraturan institusi arbitrase yang mengatur asas kerahasiaan dengan sangat komprehensif adalah *The World Intellectual Property Organization* (WIPO) *Arbitration Rules*. Hal ini dapat dimengerti karena WIPO merupakan organisasi yang berkepentingan untuk melindungi hak atas kekayaan intelektual dan rahasia dagang. Oleh karena itu lah institusi tersebut sangatlah berhati-hati dalam merancang peraturan arbitrase mereka.¹²² Terdapat 1 pasal dalam *WIPO Arbitration Rules*, yaitu Pasal 52, yang mendefinisikan informasi-informasi apa saja yang tergolong rahasia.

“Article 52 of WIPO Arbitration Rules:

Disclosures of Trade Secrets and Other Confidential Information

(a) For the purposes of this Article, confidential information shall mean any information, regardless of the medium in which it is expressed, which is:

- (i) In the possession of a party;*
- (ii) Not accessible to public;*
- (iii) Of commercial, financial, or industrial significance; and*
- (iv) Treated as confidential by the party possessing it.*

¹²¹ *Ibid.*

¹²² Alexis Brown, *Op. Cit.*, hal. 995.

- (b) A party invoking the confidentiality of any information it wishes or is required to submit in the arbitration, including to an expert appointed by the Tribunal, shall make an application to have the information classified as confidential by notice to the Tribunal, with a copy to the other party. Without disclosing the substance of the information, the party shall give in the notice the reasons for which it considers the information confidential.
- (c) The Tribunal shall determine whether the information is to be classified as confidential and of such a nature that the absence of special measures of protection in the proceedings would be likely to cause serious harm to the party invoking its confidentiality. If the Tribunal so determines, it shall decide under which conditions and to whom the confidential information may in part or in whole be disclosed and shall require any person to whom the confidential information is to be disclosed to sign an appropriate confidentiality undertaking.
- (d) In exceptional circumstances, in lieu of itself determining whether the information is to be classified as confidential and of such nature that the absence of special measures of protection in the proceedings would be likely to cause serious harm to the party invoking its confidentiality, the Tribunal, may, at the request of a party or on its own motion and after consultation with the parties, designate a confidentiality advisor who will determine whether the information is to be so classified, and, if so, decide under which conditions and to whom it may in part or in whole be disclosed. Any such confidentiality advisor shall be required to sign an appropriate confidentiality undertaking.
- (e) The Tribunal may also, at the request of a party or on its own motion, appoint the confidentiality advisor as an expert in accordance with Article 55 in order to report to it, on the basis of the confidential information, on specific issues designated by the Tribunal without disclosing the confidential information either to the party from whom the confidential information does not originate or the Tribunal.”

Empat kondisi yang diatur dalam Pasal 52(a) bersifat kumulatif, dan apabila terpenuhi, terlepas dari media apa informasi tersebut berasal (format kertas, media elektronik termasuk email, *tape recordings*, CD, DVD, dll).¹²³

Sesuai dengan pengaturan Pasal 52(b), pihak yang menginginkan kerahasiaan informasi yang dimilikinya tetap terjaga harus mengajukan

¹²³ Hans Smit, *WIPO Arbitration Rules, Commentary and Analysis*, Juris Publishing, 2000, hal. 178.

permohonan ke Majelis Arbitrator, dengan penjelasan mengapa informasi tersebut harus dilindungi oleh asas kerahasiaan. Dalam mengajukan permohonan tersebut, isi dari informasi tersebut tidak perlu diberikan kepada Majelis Arbitrator. Kemudian Majelis Arbitrator akan menentukan apakah terdapat kebutuhan yang beralasan atas perlindungan informasi tersebut, serta menjalankan “*serious harm test*” untuk melihat konsekuensi apa yang dapat timbul apabila informasi tersebut tidak dilindungi asas kerahasiaan. Dalam menentukan hal tersebut, Majelis Arbitrator akan menggunakan *case-by-case basis* dengan memperhatikan berbagai kepentingan yang ada.¹²⁴ Pada Pasal 52(c) diatur bahwa Majelis Arbitrator dapat memerintahkan pihak pemegang informasi untuk memberikan akses informasi tersebut kepada pihak ketiga. Sebelum akses tersebut diberikan, pihak ketiga harus menandatangani perjanjian untuk merahasiakan informasi tersebut. Penilaian apakah suatu informasi bersifat rahasia atau tidak juga dapat dilakukan oleh *confidentiality advisor*, seperti yang diatur pada Pasal 52(d). Pasal tersebut menyebutkan bahwa *confidentiality advisor* dapat dipanggil oleh Majelis Arbitrator dalam *exceptional circumstances*. Tidak ada penjelasan tentang keadaan apa saja yang termasuk dalam *exceptional circumstances*. Kemungkinan terbesar untuk *exceptional circumstances* adalah ketika kasus-kasus khusus yang melibatkan permasalahan teknis atau ketika pihak pemegang informasi menolak perintah Majelis Arbitrator untuk membuka materi yang mereka miliki.¹²⁵ Pada umumnya, Majelis Arbitrator terikat dengan keputusan yang dibuat oleh *confidentiality advisor*. Apabila Majelis Arbitrator berkeinginan untuk mengatur lingkup peninjauan informasi oleh *confidentiality advisors*, maka hal tersebut harus diberitahukan terlebih dahulu kepada *confidentiality advisors*.¹²⁶

Kemudian terdapat 3 pasal yang mengatur tentang asas kerahasiaan, yaitu Pasal 73, 74 dan 75, yang meliputi perlindungan atas kerahasiaan kekayaan intelektual di tiap sengketa yang diajukan ke WIPO, keberadaan proses

¹²⁴ *Ibid.*, hal. 179.

¹²⁵ *Ibid.*

¹²⁶ *Ibid.*

persidangan arbitrase itu sendiri, materi dan informasi yang dipaparkan ataupun terbuat dalam proses persidangan arbitrase, termasuk putusan arbitrase yang dibuat.

“Article 73 of WIPO Arbitration Rules

Confidentiality of the Existence of the Arbitration

- (a) *Except to the extent necessary in connection with a court challenge to the arbitration or an action for enforcement of an award, no information concerning the existence of an arbitration may be unilaterally disclosed by a party to any third party unless it is required to do so by law or by a competent regulatory body, and then only:*
- (i) *By disclosing no more than what is legally required; and*
 - (ii) *By furnishing to the Tribunal and to the other party, if the disclosure takes place during the arbitration, or to the other party alone, if the disclosure takes place after the termination of the arbitration, details of the disclosure and an explanation of the reason for it.*
- (b) *Notwithstanding paragraph (a), a party may disclose to a third party the names of the parties to the arbitration and the relief requested for the purpose of satisfying any obligation of good faith or candor owed to that third party.*

Article 74 of WIPO Arbitration Rules

Confidentiality of Disclosures made during the Arbitration

- (a) *In addition to any specific measures that may be available under Article 52, any documentary or other evidence given by a party or a witness in the arbitration shall be treated as confidential and, to the extent that such evidence describes information that is not in the public domain, shall not be used or disclosed to any third party by a party whose access to that information arises exclusively as a result of its participation in the arbitration for any purpose without the consent of the parties or order of a court having jurisdiction.*
- (b) *For the purposes of this Article, a witness called by a party shall not be considered to be a third party. To the extent that a witness is given access to evidence or other information obtained in the arbitration in order to prepare the witness’s testimony, the party calling such witness shall be responsible for the maintenance by the witness of the same degree of confidentiality as that required of the party.*

Article 75 of WIPO Arbitration Rules

Confidentiality of the Award

The award shall be treated as confidential by the parties and may only be disclosed to a third party if and to the extent that:

- (i) The parties consent; or*
- (ii) It falls into the public domain as a result of an action before a national court or other competent authority; or*
- (iii) It must be disclosed in order to comply with a legal requirement imposed on a party or in order to establish or protect a party's legal rights against a third party."*

Berkebalikan dengan apa yang diatur di *WIPO Arbitration Rules*, *ICSID Convention* dan *Arbitration Rules* memberikan pengaturan asas kerahasiaan yang minim. Bahkan dapat dikatakan tidak terdapat pengaturan asas kerahasiaan secara umum. Pengaturan asas kerahasiaan di *ICSID Convention* dan *Arbitration Rules* lebih condong kepada transparansi, dibandingkan dengan pengaturan-pengaturan asas kerahasiaan di peraturan institusi arbitrase lainnya. Hal ini tidak terlepas dari kenyataan bahwa kebanyakan sengketa yang diselesaikan di arbitrase ICSID merupakan kasus antara negara dengan pihak investor asing. Sengketa antara investor dengan negara umumnya berhubungan dengan sektor ekonomi yang bersifat vital bagi kesejahteraan masyarakat banyak, contohnya seperti gas, listrik, air, minyak, telekomunikasi, ataupun pengolahan sampah. Hal ini mengakibatkan terkadang mengakibatkan adanya pengaruh terhadap kebijaksanaan pemerintah di bidang kesehatan, kesejahteraan, perburuhan, dan sebagainya. Oleh karena itu asas kerahasiaan dalam sengketa antara negara dengan pihak investor asing sulit untuk diterapkan. Dalam makalah yang disampaikan oleh Meg Kinnear dalam simposium yang diselenggarakan ICSID, OECD, dan UNCTAD, beliau menyatakan: "*it is therefore somehow ironic that what was touted as one of the main advantages of commercial arbitration is now seen as liability in the investor-state arbitration context.*"¹²⁷

¹²⁷ Meg Kinnear, *Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement*, makalah disampaikan pada simposium "*Making the Most of International Investment Agreement: A Common Agenda*" yang diselenggarakan oleh ICSID, OECD, dan UNCTAD di Paris, 12 Desember 2005, diakses di <http://www.oecd.org/dataoecd/6/25/269796>

Dalam pengaturan asas kerahasiaan yang terdapat di *ICSID Convention* dan *Arbitration Rules*, terdapat satu pasal pada masing-masing instrumen hukum tersebut. Keduanya hanya mengatur mengenai satu objek yang dilindungi oleh asas kerahasiaan, yaitu putusan arbitrase.

ICSID Convention

Article 48(5) : The Centre shall not publish the award without the consent of the parties.

ICSID Arbitration Rules

Rule 48(4) : The centre shall not publish the award without the consent of the parties. The centre may, however, include in its publications excerpts of the legal rules applied by the Tribunal.

Pada *Rule 48(4)* dari *ICSID Arbitral Rules*, kalimat kedua menyatakan bahwa institusi *ICSID* dapat mempublikasikan peraturan-peraturan hukum yang digunakan oleh Majelis Arbitrator dalam suatu kasus, tanpa memerlukan persetujuan dari para pihak yang bersengketa. Dengan hanya memusatkan pada publikasi peraturan hukum yang digunakan oleh Majelis Arbitrator, *ICSID* berusaha untuk melindungi hal-hal yang bersifat sensitif yang terdapat suatu sengketa, termasuk di dalamnya informasi-informasi faktual yang dapat merugikan para pihak.¹²⁸

Akan tetapi, pengaturan tersebut dianggap bersifat semu dikarenakan adanya tendensi menuju transparansi atas asas kerahasiaan sebelum pasal-pasal tersebut dapat digunakan. Tendensi transparansi sudah mulai terlihat dari pengaturan mengenai *request of arbitration* yang terdapat di *ICSID*. Berdasarkan *Regulation 22(1) of ICSID Administrative and Financial Regulations*¹²⁹, Sekjen *ICSID*

¹²⁸ Lihat Matthew Gearing dan Autumn Ellis, *Reforming ICSID*, 20-1 Mealey's Int'l Arb. Rep. 14, 2005. Beberapa penulis memperdebatkan masalah ini. Sebagian beranggapan bahwa publikasi penggunaan peraturan hukum akan tetap melindungi kerahasiaan dari suatu putusan arbitrase. Sebagian lainnya beranggapan bahwa akan mudah untuk mengetahui kasus mana yang terkait publikasi tersebut dengan mencocokkan kasus-kasus yang ada di situs resmi *ICSID*, yang kemudian menganggap langkah *ICSID* dalam pengaturannya untuk menjaga asas kerahasiaan menjadi sia-sia.

¹²⁹ *Administrative and Financial Regulations, Regulation 22: "The Secretary-General shall appropriately publish information about the operation of the Centre, including the registration of*

berkewajiban untuk mempublikasikan, tanpa persetujuan dari para pihak, setiap permohonan arbitrase yang masuk ke ICSID serta, apabila ada, pemberhentian nya. Publikasi dari setiap *request of arbitration* dan putusan arbitrase (apabila disetujui oleh para pihak yang bersengketa berdasarkan *Article 48(4)* dari *ICSID Arbitration Rules*) oleh Sekjen ICSID akan dilaksanakan berdasarkan *Regulation 22(2) of ICSID Administrative and Financial Regulations*, dimana publikasi yang dianggap pantas adalah melalui *ICSID Annual Reports, Brochures of ICSID Cases, Biannual ICSID News*, serta situs resmi ICSID.¹³⁰

Ketiadaan pengaturan asas kerahasiaan secara umum pada *ICSID Convention* maupun *Arbitration Rules* membuat para pihak yang bersengketa bebas untuk memberikan publikasi atas informasi tentang sengketa mereka. Namun perlu diperhatikan bahwa publikasi tersebut tidak dapat dilakukan secara bebas. Hal ini diklarifikasi oleh salah satu kasus arbitrase di ICSID yaitu *Biwater Gauff v. Tanzania*. Publikasi yang dilakukan oleh para pihak terbatas pada karakter “*what is considered necessary*”, dimana publikasi haruslah dalam tingkatan yang tidak memperburuk sengketa, menyudutkan salah satu pihak, serta tidak membuat proses penyelesaian sengketa menjadi terhambat.¹³¹ Selain itu, Majelis Arbitrator ICSID juga beranggapan bahwa surat gugatan dan jawaban para pihak, transkrip dan rekaman proses persidangan, serta korespondensi kasus tidak dapat disebar ke publik.¹³² Dari kasus tersebut dapat dilihat bahwa arbitrase yang diselenggarakan di ICSID, tidak sepenuhnya bersifat transparan. Meskipun terdapat tendensi ke arah bersifat transparan, arbitrase ICSID tetap memiliki tingkatan asas kerahasiaan tertentu.

all requests for conciliation or arbitration and in due course an indication of the date and method of the termination of the termination of each proceeding.”

¹³⁰ Ileana M. Smeureanu, *Op. Cit.*, hal. 95.

¹³¹ *Biwater Gauff Tanzania Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case no. ARB/05/22, Procedural Order No. 3, diakses di http://www.worldbank.org/icsid/cases/arb0522/procedural_order3.pdf.

¹³² *Ibid.*

Perlu diketahui, *Rules of Arbitration of The International Chamber of Commerce* (ICC), salah satu institusi arbitrase ternama yang terletak di Paris, Perancis, merupakan contoh peraturan institusi arbitrase yang tidak memiliki pengaturan secara eksplisit mengenai asas kerahasiaan. Hanya ada satu pasal pada *ICC Rules 2010* yang mengatur secara tidak langsung mengenai kerahasiaan informasi yang terdapat dalam proses persidangan arbitrase. Berikut ini adalah isi dari pasal tersebut:

Article 20 (7) ICC Rules 2010: “The Arbitral Tribunal may take measures for protecting trade secrets and confidential information.”

Kemudian, *ICC Rules* tidak menjabarkan lebih lanjut definisi “*confidential information*” yang terdapat dalam pasal tersebut, ataupun menerapkan kewajiban untuk menjaga kerahasiaan informasi tersebut, melainkan hanya memandatkan majelis arbitrator untuk menjadikan hal tersebut sebagai pilihan. Statuta pembentukan ICC dan peraturan internal *International Court of Arbitration* hanya menyiratkan bahwa asas kerahasiaan merupakan nilai yang harus diamati oleh majelis arbitrator, tetapi para pihak tidak terikat pada pengaturan tersebut.¹³³ Sehingga, dalam *ICC Rules* tidak terdapat dasar hukum yang mewajibkan para pihak yang bersengketa untuk menjaga asas kerahasiaan.

Akan tetapi, pada tahun 2012, ICC telah mengubah ketentuan mengenai perlindungan *trade secrets* dan *confidential information* guna meningkatkan perlindungan asas kerahasiaan, yang kini pada *ICC Rules 2012* terdapat pada ayat (3) dari pasal 22 tentang *Conduct of the Arbitration*.

Article 22(3) ICC Rules 2012:

“Upon the request of any party, the arbitral tribunal may make order concerning the confidentiality of the arbitration proceedings or of any other matter in connection with the arbitration and may take measures for protecting trade secrets and confidential information.”

¹³³ Art. 6 dari Statuta ICC berbunyi: *“The work of the court is of confidential nature which must be respected by everyone who participates in that work in whatever capacity. The Court lays down the rules regarding the persons who can attend the meetings of the Court and its Committees and who are entitled to have access to the materials submitted to the Court and its Secretariat.”*

Peningkatan perlindungan asas kerahasiaan yang terdapat dalam ketentuan baru ini menunjukkan bagaimana ICC memberikan perhatian pada permasalahan asas kerahasiaan bagi para pihak yang bersengketa, meskipun secara tidak langsung.

Untuk institusi arbitrase di Indonesia, *BANI Rules* memasukkan satu pasal mengenai pengaturan asas kerahasiaan, yakni pada Pasal 13 yang berbunyi:

“Seluruh persidangan dilakukan tertutup untuk umum, dan segala hal yang berkaitan dengan penunjukkan arbiter, termasuk dokumen-dokumen, laporan / catatan sidang-sidang, keterangan-keterangan saksi dan putusan-putusan, harus dijaga kerahasiaannya di antara para pihak, para arbiter dan BANI, kecuali oleh peraturan perundang-undangan hal tersebut tidak diperlukan atau disetujui oleh semua pihak yang bersengketa.”

Melalui pengaturan tersebut kita dapat melihat bagaimana *BANI Rules* menjabarkan elemen-elemen apa saja yang dilindungi oleh asas kerahasiaan, serta subjek-subjek mana sajakah yang terikat dengan kewajiban untuk menjaga asas kerahasiaan. Akan tetapi kita juga dapat melihat terdapat suatu fleksibilitas dimana para pihak dapat memperjanjikan lain untuk mengesampingkan asas kerahasiaan dalam arbitrase mereka yang diselenggarakan oleh BANI. Selain itu, dijabarkan pula bahwa apabila diatur dalam peraturan perundang-undangan, suatu arbitrase tidak perlu dilakukan secara tertutup dan asas kerahasiaan akan ditiadakan. Sayangnya, *BANI Rules* tidak menjabarkan lebih lanjut peraturan perundang-undangan manakah yang dimaksud dalam pengaturan pasal tersebut.

Selain kurangnya pengaturan detil mengenai asas kerahasiaan dalam BANI, terdapat kejanggalan lain dalam proses persidangan arbitrase di BANI. Berdasarkan wawancara yang dilakukan oleh Penulis kepada Iswahjudi A. Karim¹³⁴, salah satu praktisi arbitrase terkemuka di Indonesia, rekaman pembicaraan selama proses pemeriksaan berlangsung tidak dapat diakses oleh para pihak yang bersengketa. Beliau menyatakan hal tersebut berbeda dengan proses pemeriksaan yang umumnya terjadi dalam institusi arbitrase internasional

¹³⁴ Iswahjudi A. Karim, S.H., LL.M., merupakan salah satu *founding partners* dari firma hukum “Karimsyah”, salah satu firma hukum terkemuka di Jakarta yang kerap menangani perkara arbitrase, baik nasional maupun internasional. Beliau juga sering menjabat sebagai arbitrator dalam arbitrase-arbitrase nasional.

di luar negeri, seperti di ICC, SIAC, ataupun ICSID. Dalam institusi-institusi arbitrase internasional, umumnya proses pemeriksaan dibuat transkripnya (*minutes of hearings*) yang kemudian diserahkan kepada para pihak yang bersengketa. Sedangkan dalam arbitrase yang diadakan di BANI, pencatatan proses pemeriksaan hanya berupa rekaman pembicaraan, dan rekaman tersebut tidak dapat diakses oleh para pihak yang bersengketa. Adapun alasan mengapa pihak BANI tidak dapat menyerahkan rekaman tersebut adalah dikarenakan menurut mereka, rekaman tersebut bersifat rahasia.¹³⁵ Tentunya hal ini sangat janggal mengingat asas kerahasiaan seharusnya melindungi informasi yang terdapat dalam proses pemeriksaan arbitrase, dari pihak-pihak yang tidak hadir dalam proses pemeriksaan tersebut, bukan dari pihak yang hadir di dalamnya.

3.2.4. Hukum Arbitrase Nasional

Hanya terdapat beberapa negara yang memasukkan pengaturan mengenai asas kerahasiaan secara eksplisit dalam hukum arbitrase nasional mereka. Kebanyakan negara merancang hukum arbitrase nasional dengan berpedoman pada, ataupun mengadopsi, *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*¹³⁶, yang mana dinyatakan oleh penyusunnya bahwa keberadaan asas kerahasiaan tergantung pada perjanjian para pihak atau pada peraturan institusi arbitrase yang mereka gunakan.¹³⁷ Pada saat ini terdapat 5 negara yang mengatur asas kerahasiaan secara eksplisit dalam hukum arbitrase nasional mereka. Masing-masing hukum arbitrase nasional tersebut berbeda-beda dalam hal ruang lingkup dan batasan asas kerahasiaan, maupun pengaturan pihak mana sajakah yang berkewajiban untuk menjaga asas kerahasiaan.

¹³⁵ Wawancara dengan Iswahjudi A. Karim, 12 Juli 2012.

¹³⁶ Jerzy Rajski, *Arbitration in Central and Eastern Europe*, 2 Int'l Arb. L. Rev. 47, 1999, hal. 48-49. Disebutkan bahwa negara-negara seperti Bulgaria, Kroasia, Ceko, Lithuania, Moldova, Polandia, Rusia, Slovakia, Slovenia, dan Ukraina merupakan contoh negara-negara yang mengikuti *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*.

¹³⁷ "Report of the Secretary-General on Possible Features of a Model Law in International Commercial Arbitration", UN Doc. A.CN.9/207, para. 17, XII Y.B. UNCITRAL 75, 90 (1981).

Negara yang pertama kali memasukkan pengaturan asas kerahasiaan dalam hukum arbitrase nasional mereka adalah New Zealand. Pada New Zealand *Arbitration Act* 1996, telah diatur, pada *section 14*, secara eksplisit mengenai asas kerahasiaan bagi arbitrase domestik maupun internasional yang diadakan di negara tersebut. Salah satu komentator mengatakan bahwa latar belakang keberadaan pengaturan asas kerahasiaan pada New Zealand *Arbitration Act* 1996 adalah untuk menghadapi preseden *Esso*. Pada tahun 2003, *New Zealand Law Commission* mengajukan perubahan terhadap *section 14* undang-undang tersebut, karena dianggap tidak mumpuni dalam mengatur pengecualian atas asas kerahasiaan. Menyadari bahwa untuk merancang suatu peraturan yang mampu menampung berbagai macam pengecualian atas asas kerahasiaan merupakan hal yang tidak mungkin, komisi tersebut memfokuskan pada dua kekurangan utama pengaturan lama: (1) pengecualian yang diatur di dalamnya tidak cukup luas untuk menampung pengecualian atas asas kerahasiaan, yang memang dibutuhkan dalam keadaan sehari-hari; dan (2) tidak ada pengaturan yang dapat mengatur seluruh potensi pengecualian asas kerahasiaan. Oleh karena itu, komisi tersebut merekomendasikan pengaturan yang lebih kepada *case-by-case determination*. Seiring dengan amandemen undang-undang tersebut pada tahun 2007, terbentuklah pengaturan baru tentang asas kerahasiaan dalam amandemen 2007 *New Zealand Arbitration Act*, yang isinya sebagai berikut:

“14B Arbitration agreements deemed to prohibit disclosure of confidential information

- (1) *Every arbitration agreement to which this section applies is deemed to provide that the parties and the arbitral tribunal must not disclose confidential information.*
- (2) *Subsection (1) is subject to section 14C.*

Section 14B: inserted, on 18 October 2007, by section 6 of the Arbitration Amendment Act 2007 (2007 No 94).

14C Limits on prohibition on disclosure of confidential information in section 14B

A party or an arbitral tribunal may disclose confidential information—

- (a) *to a professional or other adviser of any of the parties; or*
- (b) *if both of the following matters apply:*
 - (i) *the disclosure is necessary—*
 - (A) *to ensure that a party has a full opportunity to present the party's case, as required under article 18 of Schedule 1; or*
 - (B) *for the establishment or protection of a party's legal rights in relation to a third party; or*
 - (C) *for the making and prosecution of an application to a court under this Act; and*
 - (ii) *the disclosure is no more than what is reasonably required to serve any of the purposes referred to in subparagraph (i)(A) to (C); or*
- (c) *if the disclosure is in accordance with an order made, or a subpoena issued, by a court; or*
- (d) *if both of the following matters apply:*
 - (i) *the disclosure is authorised or required by law (except this Act) or required by a competent regulatory body (including New Zealand Exchange Limited); and*
 - (ii) *the party who, or the arbitral tribunal that, makes the disclosure provides to the other party and the arbitral tribunal or, as the case may be, the parties, written details of the disclosure (including an explanation of the reasons for the disclosure); or*
- (e) *if the disclosure is in accordance with an order made by—*
 - (i) *an arbitral tribunal under section 14D; or*
 - (ii) *the High Court under section 14E.*

Section 14C: inserted, on 18 October 2007, by section 6 of the Arbitration Amendment Act 2007 (2007 No 94).

14D Arbitral tribunal may allow disclosure of confidential information in certain circumstances

- (1) *This section applies if—*

- (a) *a question arises in any arbitral proceedings as to whether confidential information should be disclosed other than as authorised under section 14C(a) to (d)); and*
 - (b) *at least 1 of the parties agrees to refer that question to the arbitral tribunal concerned.*
- (2) *The arbitral tribunal, after giving each of the parties an opportunity to be heard, may make or refuse to make an order allowing all or any of the parties to disclose confidential information.*

Section 14D: inserted, on 18 October 2007, by section 6 of the Arbitration Amendment Act 2007 (2007 No 94).

14E High Court may allow or prohibit disclosure of confidential information if arbitral proceedings have been terminated or party lodges appeal concerning confidentiality

- (1) *The High Court may make an order allowing a party to disclose any confidential information—*
- (a) *on the application of that party, which application may be made only if the mandate of the arbitral tribunal has been terminated in accordance with article 32 of Schedule 1; or*
 - (b) *on an appeal by that party, after an order under section 14D(2) allowing that party to disclose the confidential information has been refused by an arbitral tribunal.*
- (2) *The High Court may make an order under subsection (1) only if—*
- (a) *it is satisfied, in the circumstances of the particular case, that the public interest in preserving the confidentiality of arbitral proceedings is outweighed by other considerations that render it desirable in the public interest for the confidential information to be disclosed; and*
 - (b) *the disclosure is no more than what is reasonably required to serve the other considerations referred to in paragraph (a).*
- (3) *The High Court may make an order prohibiting a party (party A) from disclosing confidential information on an appeal by another party (party B) who unsuccessfully opposed an application by party A for an order under section 14D(2) allowing party A to disclose confidential information.*
- (4) *The High Court may make an order under this section only if it has given each of the parties an opportunity to be heard.*

- (5) *The High Court may make an order under this section—*
- (a) *unconditionally; or*
 - (b) *subject to any conditions it thinks fit.*
- (6) *To avoid doubt, the High Court may, in imposing any conditions under subsection (5)(b), include a condition that the order ceases to have effect at a specified stage of the appeal proceedings.*
- (7) *The decision of the High Court under this section is final.*

Section 14E: inserted, on 18 October 2007, by section 6 of the Arbitration Amendment Act 2007 (2007 No 94)."

Negara lain yang mencantumkan asas kerahasiaan dalam peraturan arbitrase nasional mereka antara lain, Norwegia¹³⁸, Spanyol¹³⁹, Rumania¹⁴⁰, dan yang paling baru adalah, Peru.¹⁴¹

Meskipun tidak terdapat pengaturan secara eksplisit perihal asas kerahasiaan di negara-negara lain, tetapi asas kerahasiaan dianggap sebagai praktik sehari-hari

¹³⁸ Norwegian Arbitration Act 2004, Section 5: "*Unless the parties have agreed otherwise, the arbitration proceedings and the decisions reached by the arbitration tribunal are not subject to a duty of confidentiality.*"

¹³⁹ Spanish Law No. 60/2003 on Arbitration, Article 24.2: "*The Arbitrators, the parties and arbitral institutions, if applicable, are obliged to maintain the confidentiality of information coming to their knowledge in the course of the arbitral proceedings.*"

¹⁴⁰ Romanian Code of Civil Procedure (Book IV, on Arbitration), Article 557 (c): "*The arbitrators are liable [...] for failure to observe the confidential character of arbitration, by publishing or otherwise disclosing the information acknowledged while serving as arbitrators, in absence of an authorization from the parties.*"

¹⁴¹ Legislative Decree No. 1071 of 2008, Article 51: "(1) *Unless Unless otherwise agreed, the arbitral tribunal, the secretary of the arbitral tribunal, the arbitral institution and, when appropriate, the witnesses, experts and any others who intervene in the arbitral proceedings shall keep the arbitral proceedings, including the award, confidential, as well as any information of which they become aware through the proceedings. (2) This obligation of confidentiality also extends to the parties and their representatives and legal advisers, except when there is a legal need to make public the proceedings or, when appropriate, the award to protect or fulfill a right, to file an application to set aside or to enforce the award in court. (3) In all arbitrations governed by this Legislative Decree in which the Peruvian State intervenes as a party, the arbitral proceedings shall be subject to confidentiality and the award, once the proceedings have ended, shall be public.*"

atau diatur dalam instrumen hukum lainnya. Contohnya di Bulgaria, dimana kerahasiaan proses persidangan arbitrase ataupun putusannya tidak diatur dalam instrumen hukum nasional, tetapi diterima secara umum oleh pengguna arbitrase di Bulgaria.¹⁴² Hal ini terlihat dari *Rules of Bulgarian Chamber of Commerce and Industry*, yang pada *Article 24 (5)* diatur bahwa proses persidangan arbitrase yang diadakan berdasarkan peraturan tersebut bersifat rahasia, kemudian dokumen yang digunakan di dalamnya hanya dapat diperlihatkan pada pihak yang bersengketa, ataupun perwakilannya. Selain itu, putusan arbitrase yang dibuat juga bersifat rahasia, meskipun *Bulgarian Chamber of Commerce and Industry* dapat mempublikasikan versi gubahannya tanpa persetujuan para pihak.¹⁴³

Serupa dengan peraturan perundang-undangan Bulgaria, UU No. 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa juga tidak mengatur permasalahan asas kerahasiaan secara eksplisit. Satu-satunya hal yang dapat mengacu pada keberadaan asas kerahasiaan hanya lah Pasal 27 yang berbunyi:

“Semua pemeriksaan sengketa oleh arbiter atau majelis arbitrase dilakukan secara tertutup.”

Kemudian penjelasan dari pasal tersebut menyatakan sebagai berikut:

“Ketentuan bahwa pemeriksaan dilakukan secara tertutup adalah menyimpang dari ketentuan acara perdata yang berlaku di Pengadilan Negeri yang pada prinsipnya terbuka untuk umum. Hal ini untuk lebih menegaskan sifat kerahasiaan penyelesaian arbitrase.”

Dari pengaturan serta penjelasan pasal tersebut, penulis dapat melihat bahwa UU Arbitrase Indonesia tidak menjabarkan secara lebih lanjut mengenai asas kerahasiaan, melainkan hanya menyinggung bahwa sifat tertutup proses persidangan arbitrase bertujuan untuk menegaskan sifat kerahasiaan penyelesaian arbitrase. Berbeda dengan *New Zealand Arbitration Act* yang menjabarkan secara komprehensif tentang asas kerahasiaan, UU Arbitrase Indonesia tidak mengatur

¹⁴² Assen Alexiev, Bulgaria (2010) dalam Jan Paulsson (ed.), *International Handbook on Commercial Arbitration Vol. 61*, Kluwer Law International, 2010, hal. 28.

¹⁴³ *Ibid.*, hal. 41.

mengenai objek apa saja yang dilindungi oleh asas kerahasiaan, subjek-subjek mana saja yang terikat dengan asas kerahasiaan, serta ada tidaknya pengecualian terhadap asas kerahasiaan.

Menurut Iswahjudi A. Karim, pengaturan tersebut tidak menandakan bahwa asas kerahasiaan tidak dihargai di Indonesia. Menurut beliau, asas kerahasiaan di Indonesia tetap dihargai, akan tetapi hanya sampai di titik dimana putusan arbitrase dikeluarkan oleh Majelis Arbitrator. Sifat tertutup dalam Pasal 27 UU Arbitrase Indonesia tetap memiliki makna dimana informasi-informasi sensitif yang terdapat dalam proses pemeriksaan arbitrase tetap dilindungi. Menurut beliau Pasal 27 tetap menjadi dasar hukum adanya asas kerahasiaan dalam arbitrase di Indonesia. Namun menurut beliau, Pasal 27 UU Arbitrase Indonesia hanya berlaku sampai putusan arbitrase dikeluarkan, sebagaimana telah diatur pada Pasal 59 UU Arbitrase Indonesia, dimana putusan arbitrase nasional haruslah didaftarkan pada Pengadilan Negeri, dan Pasal 67 UU Arbitrase Indonesia bahwa setiap putusan arbitrase internasional haruslah didaftarkan pada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat guna dapat dieksekusi di Indonesia.¹⁴⁴

Dalam salah satu kasus yang pernah dialami oleh Iswahjudi A. Karim, Karimsyah, firma hukum milik Iswahjudi A. Karim, pernah mewakili pihak Termohon dalam kasus arbitrase di Indonesia. Menjelang proses akhir dari proses pemeriksaan arbitrase, sebelum putusan arbitrase dikeluarkan, pihak Pemohon mengajukan permohonan ke pihak Sekretariat Negara untuk memanggil pihak Termohon agar dapat membicarakan sengketa yang mereka miliki di hadapan Sekretariat Negara. Terdapat dugaan bahwa hal ini dilakukan oleh Pemohon agar Pemohon dapat menekan pihak Termohon dalam proses persidangan arbitrase. Pihak Pemohon dan Termohon pun akhirnya menghadap ke Pihak Sekretaris Negara. Dalam pertemuan tersebut, Karimsyah, selaku pihak Termohon, menggunakan Pasal 27 UU Arbitrase Indonesia sebagai dasar untuk menolak pembahasan kasus yang mereka miliki dengan Pemohon di hadapan Sekretariat Negara. Akhirnya pihak Sekretariat Negara pun menyetujui argumen tersebut

¹⁴⁴ Wawancara dengan Iswahjudi A. Karim, 12 Juli 2012.

serta kemudian menolak pembahasan kasus arbitrase yang sedang dimiliki oleh Pemohon dan Termohon.¹⁴⁵

3.3. Objek-Objek yang Dilindungi Asas Kerahasiaan

Perlu diperhatikan bahwa tidak ada keseragaman dalam dunia arbitrase internasional perihal pengaturan objek-objek yang dilindungi oleh asas kerahasiaan. Objeknya dapat bermacam-macam yang bergantung kepada jenis sengketa (contohnya apakah ini sengketa komersial atau antara negara dengan investor), hal yang dipersengketakan (contoh: kekayaan intelektual, transaksi barang atau jasa, transaksi maritim, dll.), dan tentunya tipe arbitrase yang digunakan oleh para pihak.¹⁴⁶ Umumnya perbedaan objek yang dilindungi oleh asas kerahasiaan didasarkan pada “*classes of materials*” atau jenis materinya. Akan tetapi pakar hukum arbitrase, terutama dalam hal asas kerahasiaan, Alexis Brown, memberikan pembagian objek-objek yang dilindungi oleh asas kerahasiaan dalam arbitrase berdasarkan tiap-tiap elemen yang ada. Berikut ini adalah pembagian yang dikemukakan oleh beliau:

3.3.1. *Fact of Arbitration* atau Fakta Keberadaan Arbitrase

Bagi beberapa pihak tertentu, publisitas keberadaan arbitrase yang mereka jalani merupakan hal yang sangat penting. Mereka ingin masyarakat tidak mengetahui bahwa mereka memiliki sengketa yang tengah diselesaikan di arbitrase. Terdapat berbagai macam alasan mengapa keberadaan arbitrase sebaiknya tidak bersifat rahasia. Pertama, ketika pengadilan turut serta dalam proses arbitrase, contohnya mulai dari membantu menginterpretasi peraturan institusi arbitrase hingga menjalankan putusan arbitrase, fakta terselenggaranya arbitrase tersebut akan menjadi catatan publik. Perlindungan asas kerahasiaan

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ Ileana M. Smeureanu, *Op. Cit.*, hal. 73.

terhadap keberadaan arbitrase sangatlah rentan ketika salah satu pihak yang bersengketa meminta bantuan hukum pada pengadilan dalam kasus mereka.

Alasan kedua digambarkan oleh Prof. Dessemontet melalui pertanyaan hipotesis berikut: “*can a member of an arbitration panel for a proceeding between A and B disclose to the other members of that panel the fact that A or B is also party to other arbitration proceedings, which he knows because he has been asked if he would accept the position of arbitrator in that second case as well?*”¹⁴⁷ Dalam dunia arbitrase internasional yang sempit, dimana jasa beberapa arbitrator tertentu sangat dicari-cari, hipotesa yang dikemukakan oleh Prof. Dessemontet merupakan hal yang sering terjadi. Seyogyanya, seorang arbitrator haruslah memberitahu segala macam potensi konflik kepentingan dalam dirinya.¹⁴⁸ Hal tersebut menyebabkan sulitnya untuk menjaga kerahasiaan atas keberadaan suatu arbitrase.

Alasan ketiga, adalah arbitrator dan pengacara seringkali membeberkan bahwa ada pihak tertentu yang sedang terlibat dalam proses persidangan arbitrase secara implisit. Pembeberan tersebut umumnya untuk kepentingan jurnal hukum ataupun untuk *arbitration periodicals* “*sanitize*” reports atas kasus-kasus yang baru saja selesai ataupun masih berjalan. Istilah “*sanitize*” disini adalah ketika laporan tersebut tidak disertai dengan nama para pihak. Akan tetapi jika pihak yang bersengketa adalah pihak yang terkenal, seperti perusahaan besar, melalui penjelasan rinci tentang fakta-fakta sengketa kita seringkali mengetahui perusahaan mana yang terlibat dalam arbitrase tersebut.

Beberapa pertimbangan finansial, kode etik jabatan, maupun kepentingan publik juga menjadi beberapa hal yang menyebabkan fakta keberadaan arbitrase tidak dapat dirahasiakan. Contohnya, direktur perusahaan publik memiliki tanggung jawab untuk membeberkan sengketa yang mereka miliki apabila hal

¹⁴⁷ Francois Dessemontet, *Arbitration and Confidentiality*, hal. 3.

¹⁴⁸ IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration 2004, General Standard 3.

tersebut mempengaruhi kondisi finansial perusahaan.¹⁴⁹ Kemudian, kewajiban yang diperoleh dari peraturan perundang-undangan untuk membeberkan keberadaan kasus arbitrase juga menjadi pertimbangan.¹⁵⁰ Selain itu, sebuah perusahaan juga mungkin berkewajiban untuk menginformasikan kepada pihak asuransi, *stock brokers*, pihak bank, serta pihak-pihak lain yang memiliki kepentingan finansial.¹⁵¹

Kerahasiaan fakta keberadaan arbitrase juga sulit untuk dijaga mengingat tidak adanya kewajiban bagi pihak ketiga dalam menjaga asas kerahasiaan. Ketika para pihak telah setuju untuk menjaga kerahasiaan fakta keberadaan arbitrase dan para arbitrator terikat kode etik untuk tidak membeberkan hal tersebut, kebocoran atas terselenggaranya suatu arbitrase merupakan hal yang tidak dapat dihindari.¹⁵² Dalam suatu proses persidangan arbitrase, puluhan, bahkan ratusan orang terlibat di dalamnya, mulai dari saksi, staf pendukung, *stenographers*, pegawai administrasi, hingga karyawan para pihak yang bersengketa. Pihak-pihak tersebut tidak terikat kewajiban untuk menjaga asas kerahasiaan sehingga dapat saja membeberkan fakta keberadaan arbitrase.

Hanya beberapa peraturan institusi arbitrase yang mengatur bahwa fakta keberadaan arbitrase dilindungi oleh asas kerahasiaan. *WIPO Arbitration Rules*¹⁵³, *SIAC Rules*¹⁵⁴ dan *HKIAC Rules*¹⁵⁵ merupakan contoh-contoh peraturan institusi arbitrase yang menyatakan bahwa fakta keberadaan arbitrase dilindungi oleh asas kerahasiaan. Sementara di Indonesia, *BANI Rules* tidak mengatur asas kerahasiaan yang melindungi fakta keberadaan arbitrase.

¹⁴⁹ David Fraser, *Loc. Cit.*

¹⁵⁰ *Ibid.*

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ Lihat Pasal 73 dari *WIPO Arbitration Rules*

¹⁵⁴ Lihat Pasal 35.1 dan 35.3 dari *SIAC Rules*

¹⁵⁵ Lihat Pasal 39(1) dari *HKIAC Rules*

3.3.2. Dokumen dan Barang Bukti

Secara umum, dokumen yang digunakan maupun dibuat selama proses persidangan arbitrase dilindungi oleh asas kerahasiaan. Kasus *Ali Shipping*¹⁵⁶ merupakan kasus pertama yang mengemukakan pendapat ini. Dokumen yang baik dalam bentuk fisik, berikut informasi yang terkandung di dalamnya, dilindungi oleh asas kerahasiaan, yang mengikat seluruh pihak yang terkait dalam proses persidangan arbitrase. Pihak ketiga yang terlibat di dalamnya, terikat pada kewajiban atas asas kerahasiaan bukan berdasarkan perjanjian arbitrase yang dibuat oleh para pihak, akan tetapi oleh akibat hukum yang timbul dari sifat tertutup arbitrase.¹⁵⁷ Pendapat ini sangat berlawanan dengan apa yang terjadi di *Esso v. Plowman*, Australia. Dalam kasus tersebut, Pengadilan Australia menetapkan bahwa dokumen-dokumen yang terdapat dalam proses persidangan arbitrase tidak dilindungi oleh asas kerahasiaan, kecuali para pihak menyetujuinya secara eksplisit dan spesifik dalam perjanjian.¹⁵⁸

Hampir seluruh peraturan institusi arbitrase yang memiliki pengaturan asas kerahasiaan menyatakan bahwa dokumen dan barang bukti merupakan objek yang dilindungi oleh asas kerahasiaan.

3.3.3. Keterangan Saksi

Keterangan saksi dalam proses persidangan arbitrase termasuk objek yang dilindungi oleh asas kerahasiaan.¹⁵⁹ Hal yang perlu diperhatikan adalah bagaimana saksi, yang tidak terikat oleh asas kerahasiaan, yang memberikan keterangan tersebut, dapat tetap menjaga kerahasiaan keterangan yang dibuat olehnya. Cukup mudah apabila saksi yang digunakan adalah pegawai perusahaan

¹⁵⁶ Lihat *Supra*, catatan kaki no. 63.

¹⁵⁷ 1 Lloyd's Rep. 643, 651 (Eng. C.A. 1998) (mengutip kata-kata Lord Bridge dalam *Scally v. Southern Health Bd.*)

¹⁵⁸ Alexis Brown, *Op. Cit.*, hal. 1005. Lihat *Supra*, sub-bab 3.5.2 tentang **Pengecualian atas Asas Kerahasiaan berdasarkan Kepentingan Publik.**

¹⁵⁹ *Ibid.*, hal. 1006

salah satu pihak yang bersengketa, karena dengan begitu ia memiliki kewajiban terhadap perusahaannya untuk merahasiakan keterangan yang ia buat.¹⁶⁰ Akan tetapi bila saksi disini adalah pihak luar, sangat sulit untuk menjaga kerahasiaan keterangan saksi tersebut.

3.3.4. Keterangan Saksi Ahli

Secara singkat, keterangan saksi ahli tidak dilindungi oleh asas kerahasiaan. Tidak ada hukum arbitrase nasional maupun peraturan institusi arbitrase yang melindungi kerahasiaan hal ini.¹⁶¹ Hal ini dikarenakan keterangan saksi ahli pada suatu arbitrase dapat digunakan pada proses arbitrase lain ataupun pada proses persidangan di pengadilan, apabila bertentangan dengan keterangan yang ia buat di arbitrase sebelumnya. Contohnya pada kasus *Leed Estates v. Paribas*, pada tahun 1985 di pengadilan Inggris.¹⁶² Dalam kasus tersebut, keterangan saksi ahli yang dibuat dalam proses persidangan arbitrase, berbeda dengan keterangan yang ia buat di pengadilan. Seperti yang dikemukakan oleh salah satu pengacara arbitrase berpengalaman:

*“Those of you who act as expert witnessess will know that you are exposed to the risk that the adverse party may attempt to subpoena your working files if it is thought that you or, conceivably a partner or colleague in the same organisation, has addressed a similar question in the past and given a view which is not consistent with that given in your expert opinion”*¹⁶³

3.3.5. Rahasia Dagang

Bagi banyak pihak, perlindungan atas rahasia dagang mereka merupakan alasan utama dalam mencari penyelesaian sengketa secara rahasia. Objek ini merupakan hal terpenting yang harus dilindungi oleh asas kerahasiaan. Berbagai kasus, peraturan institusi arbitrase, maupun hukum arbitrase nasional mendukung

¹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² 1 EGLR 102 (1995) [Brown page 40]

¹⁶³ David Fraser, *Loc. Cit.*

hal tersebut dengan mengatur secara eksplisit bahwa rahasia dagang haruslah dilindungi.¹⁶⁴ Pengaturan yang paling terperinci dapat kita temukan di WIPO *Rules* yang merupakan peraturan badan arbitrase khusus untuk menyelesaikan sengketa kekayaan intelektual. Selain itu, rahasia dagang juga dapat dilindungi oleh konvensi tentang paten dan hak cipta (TRIPs), hukum pidana nasional, ataupun hukum perdata nasional, yang memiliki pengaturan tentang perintah perlindungan rahasia dagang.¹⁶⁵

3.3.6. Transkrip dan Catatan Proses Pemeriksaan

Lagi-lagi kasus *Ali Shipping* memberikan pendapat pertama mengenai objek ini. Lord Justice Potter yang memberikan interpretasi secara luas terhadap asas kerahasiaan dalam arbitrase mengemukakan bahwa transkrip proses pemeriksaan perkara arbitrase termasuk objek yang dilindungi oleh asas kerahasiaan.¹⁶⁶ Meskipun pada tahun 1996 Prof Dessemontet mengatakan bahwa asas kerahasiaan tidak meliputi *minutes of hearings* menurut praktek di Inggris,¹⁶⁷ kasus-kasus terkini tampaknya memiliki pandangan yang sebaliknya. Semenjak kasus *Dolling Baker*, seluruh Pengadilan Inggris menekankan bahwa sifat tertutup dalam arbitrase tidak akan berarti tanpa adanya asas kerahasiaan.¹⁶⁸ Jika transkrip proses pemeriksaan perkara terbuka untuk publik, para pihak yang bersengketa dapat saja mengundang “orang asing” untuk hadir dalam proses pemeriksaan arbitrase mereka. Oleh karena itu, anggapan bahwa transkrip proses pemeriksaan merupakan objek yang dilindungi oleh asas kerahasiaan dapat dibenarkan.

¹⁶⁴ Francois Dessemontet, *Op. Cit.*, hal. 24-26.

¹⁶⁵ *Ibid.*, hal. 27-28.

¹⁶⁶ Alexis Brown, *Op. Cit.*, hal. 1011.

¹⁶⁷ Francois Dessemontet, *Op. Cit.*, hal. 6.

¹⁶⁸ Alexis Brown, *Loc. Cit.*

3.3.7. Pertimbangan Pengambilan Putusan Arbitrase oleh Majelis Arbitrator

Emmanuel Gaillard dan John Savage mengemukakan bahwa arbitrator memiliki empat kewajiban.¹⁶⁹ Pertama, mereka harus bertindak secara adil dan tidak memihak;¹⁷⁰ kedua, mereka harus bertindak berdasarkan mandat yang diperoleh dari perjanjian para pihak;¹⁷¹ ketiga, mereka harus menjalankan fungsinya hingga putusan final arbitrase dibuat;¹⁷² dan keempat, mereka harus menjaga kerahasiaan seluruh hal yang terkait dengan arbitrase yang mereka tangani.¹⁷³ Berkaitan dengan kewajiban keempat, Gaillard dan Savage mengamati bahwa terlepas dari pengaturan yang gamang mengenai asas kerahasiaan dalam suatu peraturan institusi arbitrase yang dipilih oleh para pihak, seorang arbitrator yang tidak memiliki konflik kepentingan atas kasus yang mereka tangani, tetap harus menjaga kerahasiaan kasus tersebut.¹⁷⁴ Kewajiban tersebut meliputi pertimbangan dalam Majelis Arbitrator, dalam membuat putusan arbitrase.¹⁷⁵ Pertimbangan tersebut tidak dapat dibebarkan ke pihak mana pun, termasuk kepada para pihak yang bersengketa.¹⁷⁶ Meskipun begitu, Majelis Arbitrator tetap diperbolehkan untuk menginformasikan apakah putusan yang mereka ambil diperoleh berdasarkan voting atau suara penuh.¹⁷⁷

¹⁶⁹ Emmanuel Gaillard & John Savage, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Hague: Kluwer Law International, 1999, hal. 609-613.

¹⁷⁰ *Ibid.*, hal. 609.

¹⁷¹ *Ibid.*, hal. 610.

¹⁷² *Ibid.*, hal. 611.

¹⁷³ *Ibid.*, hal. 612.

¹⁷⁴ *Ibid.*, hal. 613.

¹⁷⁵ *Ibid.*, hal. 627-628.

¹⁷⁶ *Ibid.*, hal. 750-751.

¹⁷⁷ *Ibid.*, hal. 750.

3.3.8. Putusan Arbitrase

Meskipun terdapat peraturan institusi arbitrase yang mengatur bahwa putusan arbitrase merupakan objek yang dilindungi oleh asas kerahasiaan, pada kenyataannya putusan arbitrase seringkali dibebaskan kepada media ataupun pihak ketiga lainnya. Bahkan, seringkali pihak yang membeberkan putusan arbitrase tidak lain adalah pihak yang bersengketa, yakni ketika mereka meminta pihak pengadilan untuk menjalankan putusan arbitrase. Akan tetapi, Emmanuel Gaillard dan John Savage beranggapan bahwa terdapat keuntungan dari dibeberkannya putusan arbitrase kepada publik. Secara singkat, mereka menyatakan bahwa keuntungan yang diperoleh adalah adanya keseragaman putusan arbitrase atas kasus-kasus yang serupa, sehingga tercipta *homogeneity* dalam dunia arbitrase internasional. Berikut kutipan pernyataan mereka:

“In any event, it is important to underline that confidentiality is not breached by the publication of the reasons for an award on an anonymous basis. Such publication satisfies the general interests of business and legal practice, as it is legitimate that arbitration users and practitioners have access to the rules applied and the decisions reached by the arbitrators... In many areas, arbitral awards are published, in most cases without disclosing the name of the parties... The disclosure of awards is universally considered to contribute to the predictability of results, and the codification of usages by a professional organization will very often be the result of the publication of such decisions.”¹⁷⁸

Kebanyakan peraturan institusi arbitrase mengatur bahwa putusan arbitrase merupakan salah satu objek yang dilindungi oleh asas kerahasiaan. Sementara pada *ICSID Convention* dan *Arbitration Rules*, putusan arbitrase merupakan satu-satunya objek, yang diatur secara eksplisit, yang dilindungi oleh asas kerahasiaan.

3.4. Subjek-subjek yang terikat dengan Asas Kerahasiaan

Sama seperti pembahasan objek-objek yang dilindungi oleh asas kerahasiaan, pengaturan tentang subjek-subjek yang kiranya dapat terikat dengan kewajiban untuk menjaga asas kerahasiaan bergantung pada berbagai faktor, seperti pengaturan pada perjanjian arbitrase oleh para pihak yang bersengketa,

¹⁷⁸ *Ibid.*, hal. 189.

jenis arbitrase yang mereka gunakan, ataupun peraturan institusi arbitrase yang mereka pilih. Menurut Smeuarenaue dalam bukunya yang berjudul: “*Confidentiality in International Commercial Arbitration*”, sejatinya terdapat lima kategori subjek yang mungkin terikat dengan kewajiban menjaga asas kerahasiaan: (1) para pihak yang bersengketa, (2) kuasa hukum para pihak yang bersengketa, (3) majelis arbitrator, (4) institusi arbitrase, dan (5) pihak ketiga yang berpartisipasi dalam proses persidangan arbitrase (contoh: saksi, saksi ahli, dll.).¹⁷⁹

3.4.1. Para pihak yang bersengketa

Kebanyakan peraturan arbitrase mengatur bahwa, kecuali diperjanjikan lain, para pihak yang bersengketa memiliki kewajiban untuk menjaga kerahasiaan informasi yang terbuka dalam proses persidangan arbitrase, isi dari putusan arbitrase, bahkan terkadang fakta keberadaan arbitrase itu sendiri. Secara teori dan praktek, kecuali diperjanjikan secara eksplisit dalam perjanjian arbitrase atau ketika asas kerahasiaan dianggap sebagai suatu asas yang tersirat, para pihak bebas untuk membuat terbuka kasus yang mereka miliki. Untuk mencegah kebocoran informasi yang tidak diharapkan oleh para pihak, majelis arbitrator dapat memberikan pertimbangan kepada para pihak yang bersengketa mengenai dampak dan pentingnya asas kerahasiaan dalam arbitrase, agar kemudian para pihak dapat membuat perjanjian mengenai asas kerahasiaan. Hal ini dapat dilakukan majelis arbitrator pada saat *preliminary meetings*, atau pada saat penyusunan atau penandatanganan *terms of reference*.¹⁸⁰ Tentunya hal tersebut kembali ke kesepakatan para pihak dalam menanggapi permasalahan ini, apakah mereka ingin membuat perjanjian tentang asas kerahasiaan dalam arbitrase yang mereka jalani atau tidak.

¹⁷⁹ Ileana M. Smeureaneu, *Op. Cit.*, hal. 134.

¹⁸⁰ *Ibid.*, hal. 135.

3.4.2. Kuasa Hukum para Pihak yang Bersengketa

Kewajiban untuk menjaga asas kerahasiaan yang dimiliki oleh kuasa hukum para pihak yang bersengketa dalam suatu proses persidangan arbitrase meliputi berbagai informasi. Kuasa hukum tersebut haruslah menjaga kerahasiaan informasi yang diungkapkan oleh klien mereka, informasi dan materi yang diperoleh dari pihak lawan, majelis arbitrator, institusi arbitrase, maupun informasi yang dipaparkan oleh saksi dan saksi ahli dalam proses pemeriksaan arbitrase. Jika ditinjau dari hubungan antara kuasa hukum dengan klien mereka, kewajiban untuk menjaga kerahasiaan apa yang dibebankan oleh klien seorang kuasa hukum bukanlah suatu konsep yang identik hanya untuk arbitrase, melainkan lebih ke hubungan hukum secara profesional yang telah diterima secara umum. Hal ini untuk memfasilitasi kebutuhan sang klien atas keterbukaan interaksi, nasihat hukum yang tepat, serta menjalankan peran sang kuasa hukum selaku perwakilan hukum klien mereka.

3.4.3. Majelis Arbitrator

Telah diterima secara umum bahwa arbitrator memiliki kewajiban untuk menjaga asas kerahasiaan dalam arbitrase internasional. Hal tersebut berakar pada kode etik seorang arbitrator dalam menjalankan perannya sebagai pembuat keputusan.¹⁸¹ Dalam arbitrase, asas kerahasiaan lahir perjanjian arbitrase ataupun peraturan arbitrase yang dipilih oleh para pihak. Dalam *ad hoc arbitration*, kewajiban arbitrator atas asas kerahasiaan hanya kepada para pihak semata. Sementara dalam *institutionalized arbitration*, para pihak yang bersengketa, arbitrator maupun institusi arbitrase terkait, terkait dalam suatu hubungan yang terkait satu sama lain. Pada satu sisi, hubungan kontraktual tercipta antara para pihak yang bersengketa dengan institusi arbitrase yang mereka gunakan, sedangkan di sisi lain tercipta hubungan kontraktual antara institusi arbitrase terkait dengan arbitrator. Dikatakan bahwa dengan mempublikasikan peraturan mereka, suatu institusi arbitrase telah memberikan penawaran kepada pihak-pihak

¹⁸¹ Phillipe Fouchard, J-CI, *Droit International*, fasc. 586-7-3, para. 159 dalam Ileana M. Smeureanu, *Op. Cit.*, hal. 142.

yang berniat untuk menggunakan peraturan mereka. Para pihak yang menerima penawaran tersebut, dengan mencantumkan peraturan institusi arbitrase dalam perjanjian arbitrase yang dibuat, akan mengajukan *request of arbitration* pada institusi arbitrase terkait. Begitu pengajuan tersebut diterima, terciptalah hubungan kontraktual antara para pihak dengan institusi arbitrase yang mereka pilih. Kemudian, hubungan kontraktual antara para pihak dengan arbitrator tercipta ketika arbitrator tersebut dipilih oleh para pihak. Setelah itu, hubungan kontraktual antara arbitrator tersebut dengan institusi arbitrase pun tercipta ketika institusi arbitrase tersebut mengkonfirmasi penunjukan arbitrator tersebut. Setelah dipilih dan penunjukannya telah dikonfirmasi, umumnya seorang arbitrator diminta untuk menandatangani *declaration of confidentiality*. *ICSID Arbitration Rules* mengatur bahwa setiap arbitrator harus menandatangani deklarasi yang isinya sebagai berikut: “*I shall keep confidential all information coming to my knowledge as a result of my participation in this proceedings, as well as the contents of any award made by the tribunal.*”¹⁸²

Umumnya, kebanyakan peraturan institusi arbitrase mengatur secara eksplisit tentang asas kerahasiaan yang harus dijaga oleh arbitrator.¹⁸³ Apabila tidak terdapat pengaturan dalam peraturan institusi arbitrase yang mereka gunakan, para pihak dapat meminta arbitrator untuk menandatangani *declaration of confidentiality*. Para pihak juga dapat memberikan lampiran *declaration of confidentiality* ketika mengirimkan surat pemilihan kepada arbitrator, yang harus ditandatangani apabila memang tawaran untuk menjadi arbitrator diterima.¹⁸⁴

Perlu diperhatikan kewajiban untuk menjaga asas kerahasiaan juga dimiliki oleh sekretaris majelis arbitrator. Biasanya, majelis arbitrator memiliki sekretaris yang menjalankan beberapa fungsi dalam membantu kinerja majelis arbitrator seperti melakukan riset, mengumpulkan materi dan bahan, serta membantu proses

¹⁸² ICSID Arbitration Rules, Rule 6(2).

¹⁸³ Lihat *WIPO Arbitration Rules, Article 76* tentang *Maintenance of Confidentiality by the Center and Arbitrator*; dan *BANI Rules, Pasal 13(2)*.

¹⁸⁴ Ileana M. Smeureanu, *Op. Cit.*, hal. 143.

pemeriksaan dan perancangan putusan arbitrase. Layaknya arbitrator, sekretaris majelis arbitrator memiliki akses terhadap seluruh informasi yang terdapat dalam suatu proses persidangan arbitrase. Oleh karena itu meskipun tidak terdapat pengaturan yang secara eksplisit mengikat mereka, sekretaris majelis arbitrator haruslah menjaga asas kerahasiaan dalam arbitrase yang terkait dengan mereka.¹⁸⁵

3.4.4. Institusi Arbitrase

Dalam menjalankan fungsinya, institusi arbitrase bekerja secara rahasia, kecuali diperjanjikan lain oleh para pihak yang bersengketa. Contohnya, Permanent Court of Arbitration mengasumsikan bahwa seluruh hal yang berkaitan dengan proses persidangan arbitrase yang diadministrasi oleh mereka bersifat rahasia, serta hanya mempublikasikan putusan arbitrase di situs resmi mereka jika memang diizinkan oleh para pihak yang bersengketa.¹⁸⁶ Hal ini berlaku pula di ICC yang memiliki “*confidential nature which must be respected by anyone who participates in that work in whatever capacity.*”¹⁸⁷ Oleh karena itu lah ICC hanya mempublikasikan putusan arbitrase yang memang disetujui oleh para pihak yang bersengketa, dan umumnya dalam bentuk yang telah digubah.

Kewajiban untuk menjaga asas kerahasiaan dalam institusi arbitrase tidak hanya mengikat para karyawan mereka yang terkait dengan suatu kasus tertentu, seperti *registrar*, kuasa hukum, maupun asisten kuasa hukum, tetapi meliputi personel mereka yang meliki hubungan umum dengan proses persidangan arbitrase, seperti sekretaris, asisten, juru ketik, pustakawan, karyawan IT, dll. Komitmen tersebut tercipta begitu karyawan-karyawan yang bekerja dalam institusi arbitrase dipekerjakan. Hal ini dapat terlihat dalam *Article V* dari *Rules concerning the Organization and Internal Working of the International Bureau of the PCA* tertanggal 8 Desember 1900, yang berisi: “*The staff of the International Bureau are forbidden to communicate to persons outside the Bureau, either by*

¹⁸⁵ *Ibid.*, hal. 148.

¹⁸⁶ *Ibid.*, hal. 149.

¹⁸⁷ Art. 6 Statuta ICC, *supra* (lihat catatan kaki no. 70).

word or in writing, any information concerning the business entrusted to them in the course of their work, or to allow such persons any access to the documents pertaining to the work of Bureau”.

Senada dengan pengaturan tersebut, institusi arbitrase seperti ICSID, WIPO ataupun, di Indonesia, BANI, juga mengatur bahwa mereka tidak akan membuka informasi yang memang dilindungi oleh asas kerahasiaan. Akan tetapi kemudian, apa saja yang dilindungi oleh asas kerahasiaan, menjadi acuan kepada institusi terkait tentang informasi apa saja yang tidak akan mereka publikasikan. Contohnya, pengaturan asas kerahasiaan di ICSID, yang tidak se-komprehensif di WIPO dan BANI, menyebabkan ICSID dapat mempublikasikan fakta keberadaan arbitrase.¹⁸⁸

3.4.5. Pihak ketiga

Berkaitan dengan peran pihak ketiga dalam suatu arbitrase, muncul pertanyaan tentang bagaimana asas kerahasiaan mengikat pihak ketiga, yang mana mereka tidak memiliki peran sebesar itu dalam suatu proses persidangan arbitrase, jika dibandingkan dengan para pihak yang bersengketa, arbitrator, ataupun kuasa hukum. Jawabannya sangatlah bergantung pada seberapa besar kah peran pihak ketiga tersebut terkait dengan sengketa terkait.

Hanya beberapa peraturan institusi arbitrase yang secara eksplisit menyatakan bahwa pihak ketiga terikat dengan kewajiban untuk menjaga kerahasiaan informasi yang diperolehnya dalam suatu proses persidangan arbitrase, mengingat keadaan pihak ketiga yang tidak terikat oleh perjanjian arbitrase yang dimiliki oleh para pihak. Apabila memang pihak ketiga tersebut memiliki hubungan pekerjaan dengan salah satu pihak yang bersengketa, maka kewajiban pihak ketiga tersebut dalam menjaga asas kerahasiaan akan bersandar pada kontrak kerja yang mereka miliki. Apabila tidak terdapat kontrak kerja di antara mereka, maka yang setidaknya dapat dilakukan para pihak atau majelis

¹⁸⁸ Lihat *Regulation 22* dari *ICSID Administrative and Financial Regulations*, yang menyatakan bahwa Sekjen ICSID akan mempublikasikan setiap permohonan arbitrase yang diajukan kepada ICSID.

arbitrator hanyalah membujuk pihak ketiga untuk menjaga seluruh informasi yang mereka peroleh dalam suatu proses persidangan arbitrase. Akan tetapi keadaan ini tidak menyebabkan pihak ketiga bebas secara penuh untuk membeberkan informasi yang mereka peroleh dari suatu proses persidangan arbitrase. Dalam batas-batas tertentu, pihak ketiga tetap terikat dengan kewajiban untuk menjaga asas kerahasiaan.

Berbicara mengenai saksi, terdapat dua macam saksi, yakni saksi fakta dan saksi ahli. Untuk saksi fakta, umumnya mereka dipanggil oleh salah satu pihak yang bersengketa guna mendukung argumen mereka dalam proses persidangan arbitrase. Oleh karena itu, pihak yang memanggil saksi tersebut lah yang harus menjamin bahwa sang saksi tidak akan membuka informasi yang ia peroleh selama proses persidangan arbitrase. Contohnya, pada *Article 74(b)* dari *WIPO Rules* dinyatakan bahwa: *“to the extent that a witness is given access to evidence or other information obtained in the arbitration in order to prepare the witness testimony, the party calling such witness shall be responsible for the maintenance by the witness of the same degree of confidentiality as that required of the party.”* Selain *WIPO Rules*, *Australian Centre of International Commercial Arbitration (ACICA) Rules* juga memiliki pengaturan yang serupa pada *Article 18.4*.

Dalam menjamin sang saksi tidak membocorkan informasi yang ia peroleh, pihak yang memanggil saksi tersebut dapat membuat suatu perjanjian dengan sang saksi agar sang saksi dapat menghargai asas kerahasiaan yang terdapat dalam arbitrase terkait. Akan tetapi, hal ini tentunya bersandar pada hubungan antara sang saksi dengan pihak yang bersengketa karena sang saksi tidak dapat dipaksa untuk menandatangani perjanjian tersebut. Sang saksi bisa saja menolak untuk menandatangani perjanjian tersebut, yang kemudian akhirnya pihak yang memanggil saksi tersebut haruslah bertanggung jawab apabila sang saksi melanggar asas kerahasiaan yang terdapat dalam arbitrase. Pada kesimpulannya, pihak yang bersengketa dalam suatu proses persidangan arbitrase haruslah berhati-hati dalam mengikutsertakan seorang saksi dan menjamin saksi yang hadir untuk menjaga asas kerahasiaan. Ada baiknya sang saksi tidak memperoleh informasi-informasi sensitif, serta apabila memang sang saksi tidak penting itu untuk

dihadirkan dalam proses persidangan arbitrase sebaiknya tidak usah dihadirkan sama sekali.

Berkaitan dengan saksi ahli, pengaturan asas kerahasiaan yang mengikat saksi ahli kurang lebih sama dengan dengan saksi biasa. Akan tetapi beberapa peraturan institusi arbitrase menyatakan secara eksplisit bahwa untuk saksi ahli yang memang dipanggil oleh Majelis Arbitrator akan terikat dengan kewajiban yang sama dengan para pihak yang bersengketa untuk menjaga asas kerahasiaan dari proses persidangan arbitrase terkait.¹⁸⁹ Saksi ahli juga biasanya terikat dengan kode etik profesi mereka, yang umumnya memiliki kewajiban untuk menjaga kerahasiaan informasi yang diperoleh dari klien nya. Contohnya pada *American Institute of Certified Public Accountants (AICPA)*, setiap anggota yang bertindak sebagai saksi dalam pengadilan berkewajiban untuk menjaga informasi klien mereka. Hal ini dinyatakan dalam *AICPA Code of Conduct*¹⁹⁰, *Rule 301* tentang “*Confidential client information*”, yang berisi: “*A member in public practice shall not disclose any confidential client information without the specific consent of the client.*”

Dalam arbitrase yang diselenggarakan oleh WIPO, mengingat kekhususan tipe sengketa yang berkaitan tentang kekayaan intelektual, *WIPO Rules* mengatur tentang peran *confidentiality advisor*. *Confidentiality advisor* adalah ahli yang berperan untuk mengklasifikasikan informasi-informasi mana kah yang bersifat sensitif, menilai dampak yang akan timbul apabila terjadi kebocoran informasi, menentukan pada kondisi apa sajakah sebuah informasi dapat dibuka, serta menentukan siapa saja yang dapat memiliki akses atas suatu informasi yang bersifat rahasia. *Confidentiality advisor* dapat ditunjuk oleh Majelis Arbitrator, ataupun melalui permohonan para pihak yang bersengketa.¹⁹¹ Mengingat perannya yang cukup besar, WIPO memasukkan pengaturan yang mengikat

¹⁸⁹ Lihat Art. 37 dari CIETAC Rules dan Art. 43 dari Swiss Rules of International Arbitration.

¹⁹⁰ American Institute of Certified Public Accountant (AICPA) Code of Conduct , diakses di <http://www.aicpa.org/Research/Standards/CodeofConduct/Pages/et 300.aspx#et 301.01>.

¹⁹¹ Hans Smit, *Op. Cit.*, hal. 179.

confidentiality advisor terhadap asas kerahasiaan dalam *WIPO Rules*, yakni pada *Article 52(d)* dimana dinyatakan bahwa: “... *Any such confidentiality advisor shall be required to sign an appropriate confidentiality undertaking.*”

3.5. Pengecualian atas Asas Kerahasiaan

Sebagai catatan utama, perlu diperhatikan bahwa asas kerahasiaan dalam suatu arbitrase tidak berlaku bagi informasi yang memang sudah terbuka di ranah publik. Hal ini merupakan pengecualian utama atas asas kerahasiaan. Sebuah informasi yang memang telah terbuka untuk publik, seperti informasi-informasi perusahaan yang memang dipublikasikan dalam laporan perusahaan tahunan, serta berita-berita media massa tentang suatu perusahaan, tentunya tidak termasuk dalam informasi yang dilindungi asas kerahasiaan.¹⁹²

Klasifikasi pengecualian atas asas kerahasiaan yang digunakan oleh penulis didasarkan pada klasifikasi yang dibuat oleh Justice Brennan pada kasus *Esso v. Plowman*. Klasifikasi tersebut dinilai akurat, realistis, serta komprehensif dalam mencerminkan pengecualian atas asas kerahasiaan dalam praktik arbitrase internasional sekarang ini.¹⁹³ Terdapat tiga pengecualian utama atas asas kerahasiaan menurut beliau, yaitu: pengecualian atas asas kerahasiaan berdasarkan kesepakatan, kepentingan publik dan tujuan keadilan, serta kewajiban untuk mengecualikan asas kerahasiaan berdasarkan peraturan perundang-undangan.

3.5.1. Pengecualian atas Asas Kerahasiaan berdasarkan Kesepakatan

Secara umum, kewajiban untuk menjaga asas kerahasiaan timbul dari kesepakatan para pihak, baik melalui pemilihan perangkat hukum yang akan digunakan dalam arbitrase mereka, maupun melalui satu perjanjian tertulis yang khusus mengatur tentang asas kerahasiaan. Berangkat dari pemikiran tersebut, tentunya terdapat pula kebebasan untuk melepaskan kewajiban dalam menjaga asas kerahasiaan melalui persetujuan yang dibuat oleh para pihak.

¹⁹² Ileana M. Smeureanu, *Op. Cit.*, hal. 111-112.

¹⁹³ *Ibid.*

Kebanyakan peraturan institusi arbitrase menggunakan suatu formula pengaturan asas kerahasiaan yang mengandung kata-kata: “*unless otherwise agreed by the parties*”. Contohnya pada *LCIA Rules*¹⁹⁴ maupun *SIAC International Arbitration Rules*.¹⁹⁵ Jika melihat contoh-contoh pengaturan yang terdapat peraturan-peraturan institusi tersebut, dapat dikatakan bahwa ketika para pihak ingin melepaskan kewajiban untuk menjaga asas kerahasiaan, maka para pihak haruslah membuat suatu persetujuan yang tertulis. Sebagai aktor utama dalam suatu arbitrase, mereka memiliki bermacam-macam alasan mengapa asas kerahasiaan haruslah dilepaskan demi kepentingan mereka. Para pihak yang bersengketa juga berada dalam posisi terbaik untuk menilai apakah suatu informasi perlu dibebaskan atau tidak kepada publik.¹⁹⁶ Persetujuan secara eksplisit atau tertulis tidaklah sulit untuk ditelaah, akan tetapi persetujuan secara implisit menimbulkan permasalahan yang lebih sukar.

Persetujuan untuk mengecualikan asas kerahasiaan secara implisit dapat kita lihat dari tindakan para pihak yang bersengketa dalam suatu arbitrase. Ketika salah satu pihak dalam suatu arbitrase membeberkan suatu informasi dalam arbitrase yang sedang dijalani, serta pihak lawannya tidak mengajukan keberatan atas tindakan pihak lawannya, maka dapat dikatakan telah terjadi pengecualian atas asas kerahasiaan secara implisit. Salah satu kasus yang dapat dikatakan sebagai contoh adanya pengecualian atas asas kerahasiaan secara implisit adalah kasus di Pengadilan Inggris, yakni *City of Moscow v. Bankers Trust*.

Dalam kasus tersebut, sebelum proses persidangan arbitrase dimulai, pihak Bankers Trust memberitahukan kepada pihak ketiga mengenai keterlambatan pembayaran yang dilakukan oleh pihak *City of Moscow*. Berdasarkan hal tersebut,

¹⁹⁴ Article 30 LCIA Arbitration Rules: “*unless the parties expressly agree in writing to the contrary, the parties undertake as a general principle to keep confidential all awards in their arbitration, together with all materials in the proceedings*”.

¹⁹⁵ Article 35.2 SIAC International Arbitration Rules: “*a party shall not, without the prior written consent of all parties, disclose to a third party any such matter [relating to the proceedings and the award]*”.

¹⁹⁶ Ileana M. Smeureanu, *Op. Cit.*, hal. 113.

pihak *City of Moscow* mengajukan gugatan pada pengadilan, menyatakan bahwa pihak Bankers Trust telah melanggar asas kerahasiaan. Hakim Cook J yang memutuskan perkara tersebut pada pengadilan tingkat tinggi menyatakan bahwa gugatan yang diajukan oleh *City of Moscow* tidak dapat dikabulkan karena pembeberan yang dilakukan oleh *Bankers Trust* terjadi sebelum proses persidangan arbitrase dimulai, dimana kewajiban untuk menjaga asas kerahasiaan belum lah timbul. Setelah itu ketika arbitrase tengah berjalan, pihak *City of Moscow* membeberkan bagaimana jalannya proses persidangan arbitrase. Tindakan tersebut tidak jelas apakah pihak *City of Moscow* mencoba untuk melakukan tindakan rehabilitasi atas namanya, ataukah tindakan tersebut merupakan kewajiban mereka kepada rekanan bisnis mereka. Akan tetapi apabila alasan pertama lah yang benar, maka kasus ini merupakan salah satu contoh pengecualian atas asas kerahasiaan berdasarkan persetujuan secara implisit sebagai akibat dari tindakan para pihak yang bersengketa.¹⁹⁷

3.5.2. Pengecualian atas Asas Kerahasiaan berdasarkan Kepentingan Publik

Dalam arbitrase komersial internasional, kasus yang mengatur tentang pengecualian atas asas kerahasiaan berdasarkan kepentingan publik untuk pertama kalinya adalah kasus di Pengadilan Inggris, yakni *Hassneh Insurance Case*. Dalam kasus tersebut, Hakim Coleman J. menyatakan bahwa terdapat pertimbangan yang lebih besar untuk mempersempit ruang lingkup asas kerahasiaan yang telah disepakati oleh para pihak. Pertimbangan dalam kasus tersebut adalah *business efficacy* dan melindungi *legitimate interests* terhadap pihak ketiga, dan terciptanya sebuah *cause of action*. Pertimbangan tersebut juga diakui dalam kasus di Inggris, yaitu *Ali Shipping Case*, dimana hakim Potter LJ mempertanyakan apakah dimungkinkan untuk memanggil saksi yang memberikan kesaksian kontradiktif demi kepentingan publik.¹⁹⁸ Selain kasus tersebut, terdapat kasus lain di Inggris yang mengakui pertimbangan kepentingan publik sebagai

¹⁹⁷ *Ibid.*, hal. 114.

¹⁹⁸ Pernyataan Hakim Potter LJ dalam kasus *Ali Shipping*, 1 Lloyd's Rep., 1998, hal. 652.

dasar untuk mengecualikan asas kerahasiaan dalam suatu proses persidangan arbitrase, yaitu *City of Moscow Case*. Dalam kasus tersebut Pengadilan Tingkat Banding Inggris menyatakan bahwa tidak terdapat pelanggaran asas kerahasiaan dalam membeberkan jalannya proses persidangan arbitrase, beserta hasilnya, kepada investor ataupun pemegang saham salah satu pihak apabila hal tersebut demi kepentingan jalannya perusahaan.¹⁹⁹

Akan tetapi, kasus yang paling terkenal menggunakan pertimbangan kepentingan publik untuk mengecualikan asas kerahasiaan adalah kasus di Australia, yaitu *Eso Case*. Dalam kasus tersebut, Hakim Mason CJ menciptakan sebuah konsep baru dengan menganggap bahwa informasi yang berkaitan dengan gas alam merupakan sebuah *governmental information* atau informasi pemerintahan. Dianggap bahwa informasi tersebut sangat erat dengan tugas yang dijalankan oleh badan pemerintahan, informasi mengenai gas alam merupakan sesuatu yang harus dipaparkan secara transparan.²⁰⁰ Hakim Brennan J, dalam kasus yang sama, memaparkan konsep yang berbeda tetapi dengan hasil yang sama. Beliau menyatakan bahwa bukan atribut “*governmental*” ataupun kewajiban berdasarkan hukum sebagai dasar untuk memaparkan suatu informasi, melainkan bagaimana pemaparan tersebut haruslah memperhatikan “*moral, political or strongly held philosophical interests*” yang berkaitan dengan kepentingan masyarakat banyak.²⁰¹ Hal ini senada dengan kutipan perkataan Hakim Kirby J dalam kasus *Commonwealth of Australia v. Cockatoo Dockyard Pty. Limited*, yakni “*Can it seriously be suggested that their private agreement, endorsed by a procedural direction of an arbitration, exclude from the public domain matters matters of legitimate public concern?*”²⁰²

¹⁹⁹ Ileana M. Smeureanu, *Op. Cit.*, hal. 115.

²⁰⁰ Ileana M. Smeureanu, *Op. Cit.*, hal. 116.

²⁰¹ Pernyataan Hakim Brennan J dalam kasus *Eso Australia Resources Ltd. v. Sidney James Plowman*, 11-3 Arb. Int'l, 1995, hal. 251-252.

²⁰² Pernyataan Hakim Kirby J dalam kasus *Commonwealth of Australia v. Cockatoo Dockyard*, NSW 97, 1995, para. 53.

3.5.3. Pengecualian atas Asas Kerahasiaan berdasarkan *Interests of Justice*

Dapat dikatakan pengecualian ini merupakan pengecualian paling luas dibandingkan dengan pengecualian atas asas kerahasiaan lainnya.²⁰³ Pembeberan berdasarkan *interests of justice* dapat dilakukan demi pengambilan keputusan yang adil oleh pengadilan, mencegah adanya bukti-bukti yang kontradiktif, melindungi kepentingan sah pihak yang bersengketa, dan tentunya untuk memenuhi kewajiban berdasarkan peraturan perundang-undangan guna melindungi kepentingan salah pihak yang bersengketa. Garis batas antara apa yang seharusnya dirahasiakan dengan apa yang tidak dalam tiap kasus sangatlah bergantung pada fakta pengadilan manakah yang bersedia untuk melibatkan diri. Hakim Coleman J dalam kasus *Hassneh Insurance* menyarankan untuk berhati-hati ketika salah satu pihak yang bersengketa ragu apakah pembeberan suatu dokumen atau informasi akan mengakibatkan timbulnya pelanggaran atas asas kerahasiaan atau tidak. Menurut beliau, pihak tersebut haruslah menanyakan terlebih dahulu pendapat pihak lawannya, serta kesediaan dari pihak lawan, berkaitan dengan pembeberan suatu informasi. Apabila pihak lawan tidak memperkenankan pembeberan informasi tersebut, beliau menyarankan agar pembeberan terhadap pihak ketiga dilakukan secara terbatas melalui mandat yang diperoleh dari perintah pengadilan. Pihak ketiga inilah yang kemudian mengajukan kepada pengadilan agar pembeberan dapat dilakukan secara penuh.²⁰⁴ Selain langkah tersebut pihak yang mengajukan pembeberan dapat pula meminta kepada pengadilan agar menunjuk seorang ahli untuk mengadakan pemeriksaan awal apakah informasi tersebut layak dibebarkan atau tidak. Hasil pemeriksaan tersebut lah yang akan menjadi pertimbangan pengadilan dalam memerintahkan pembeberan informasi tersebut.²⁰⁵

²⁰³ Quentin Loh Sze On Sc & Edwin Lee Peng Khoo, *Confidentiality in Arbitration: How Far Does it Extend?*, Singapura: Singapore Academy Publishing, 2007, hal. 82.

²⁰⁴ Ileana M. Smeureanu, *Op. Cit.*, hal. 122.

²⁰⁵ *Ibid.*

Pengecualian atas asas kerahasiaan berdasarkan *interests of justice* juga untuk mencegah bukti yang bertentangan. Contohnya seperti pemberian keterangan oleh salah satu pihak dalam suatu proses persidangan pengadilan, berbeda dengan keterangan yang diberikan oleh pihak tersebut dalam proses persidangan arbitrase yang terkait. Hal ini terjadi dalam kasus *Michael Wilson and Partners Ltd. v. Emmot*.²⁰⁶ Dalam kasus tersebut Michael Wilson and Partners Ltd. menggugat Emmot, yang kemudian membawa sengketa mereka ke arbitrase di London, serta ke pengadilan di Inggris, New South Wales, British Virgin Islands, New Jersey, dan Colorado. Dalam proses persidangan arbitrase di London, Emmot mengajukan kepada majelis arbitrator agar diperbolehkan untuk membeberkan dokumen yang terdapat di proses pengadilan karena menganggap keterangan oleh Michael Wilson tidak konsisten satu sama lain sehingga menyebabkan pihak pengadilan asing menjadi salah arah. Pengajuan tersebut pun akhirnya dikabulkan berdasarkan *interests of justice* yang mencegah kesalahpahaman pengadilan asing dalam menilai suatu sengketa.

Kepentingan lainnya dalam mengecualikan asas kerahasiaan berdasarkan *interests of justice* adalah untuk melindungi kepentingan sah pihak yang bersengketa. Kepentingan tersebut meliputi hak pihak yang bersengketa *vis a vis* dengan pihak ketiga serta, menciptakan *cause of action* atau membuat pembelaan, serta untuk mengajukan pengakuan dan pelaksanaan ataupun permohonan pembatalan suatu putusan arbitrase. Penggunaan pengecualian berdasarkan *interests of justice* yang paling sering digunakan adalah pembeberan dokumen maupun informasi arbitrase kepada pihak pengadilan guna mengajukan permohonan pembatalan, pengakuan, dan pelaksanaan putusan arbitrase. Pengajuan tersebut tentunya harus melampirkan dokumen-dokumen yang terdapat dalam arbitrase seperti korespondensi antara para pihak yang bersengketa, keterangan saksi, dan tentunya putusan arbitrase itu sendiri. Putusan arbitrase tersebut tentunya mengandung fakta-fakta sengketa yang tentunya akan diketahui oleh pihak pengadilan. Pada kesimpulannya, dalam mengajukan pengecualian ini, pihak pengadilan umumnya akan memeriksa apakah pembeberan suatu dokumen

²⁰⁶ *Ibid.*

ataupun informasi memang sesuatu yang beralasan dan dibutuhkan. Dalam menentukan apakah memang suatu pembeberan informasi bersifat beralasan dan dibutuhkan, pihak pengadilan seyogyanya menentukan berdasarkan *case per case basis*.

3.5.4. Pengecualian atas Asas Kerahasiaan berdasarkan Peraturan Perundang-undangan

Pengecualian ini memiliki jumlah yang cukup banyak mengingat terdapat berbagai peraturan perundang-undangan dalam suatu negara yang mengatur tentang keterbukaan suatu informasi. Pengecualian ini sangatlah bergantung pada pengaturan yang terdapat dalam peraturan perundang-undangan, yang umumnya mencerminkan kebutuhan negara tersebut dalam berbagai sektor bisnis. Ketika terdapat kecenderungan terhadap transparansi di bidang pasar modal ataupun *corporate governance*, kewajiban untuk membuka informasi terhadap pemegang saham, investor, maupun badan pemerintahan pun ikut berubah. Para pihak pengguna arbitrase yang menaruh perhatian pada asas kerahasiaan dalam arbitrase yang mereka miliki pun akhirnya mau tidak mau harus mentaati pengaturan-pengaturan tersebut. Beberapa peraturan perundang-undangan secara spesifik memandatkan para pihak untuk membuka suatu informasi, sedangkan beberapa peraturan perundang-undangan lainnya menggantungkan hal tersebut pada situasi dan kondisi yang terdapat dalam tiap-tiap kasus.

3.6. Sanksi atas Pelanggaran Asas Kerahasiaan

Terdapat tiga kemungkinan sanksi yang dapat dikenakan ketika terjadi pelanggaran atas asas kerahasiaan dalam arbitrase internasional. Kemungkinan yang pertama adalah dikeluarkannya perintah untuk mencegah pembeberan informasi lebih lanjut, yang kedua adalah ganti rugi, dan yang ketiga adalah gabungan antara kemungkinan pertama dan kedua (perintah + ganti rugi).²⁰⁷

²⁰⁷ Leon E. Trackman, *Confidentiality in International Commercial Arbitration*, 18-1 Arb. Int'l 1-18, 2002.

3.6.1. *Nonmonetary Remedies*

Kemungkinan pertama dapat dikatakan sebagai *nonmonetary remedies* atas pelanggaran atas asas kerahasiaan. Pada tingkat pemaparan dokumen, para pihak dapat meminta kepada majelis arbitrator untuk mengeluarkan *protective orders* untuk membatasi jenis dokumen yang dapat dibebaskan dalam proses persidangan arbitrase, ataupun untuk membatasi penggunaan dokumen terkait di luar proses persidangan arbitrase. Pada umumnya, *protective orders* digunakan dalam arbitrase yang berkaitan dengan rahasia dagang ataupun penunjukkan informasi yang bersifat rahasia, seperti riset rahasia dan informasi komersial.²⁰⁸ Para pihak dapat mengajukan *protective orders* untuk menunjukkan adanya kebutuhan atas perlindungan kerahasiaan dan kemungkinan besar terjadinya kerugian yang serius apabila perlindungan kerahasiaan tersebut tidak dikabulkan. *Protective orders* dapat menentukan satu atau beberapa hal berikut: (i) kategori informasi yang perlu diberikan perlindungan kerahasiaan, (ii) prosedur untuk menentukan informasi mana yang masuk dalam kategori tersebut, (iii) pihak yang dapat mengakses informasi tersebut, (iv) prosedur dalam menjaga keamanan kerahasiaan informasi, (v) pengecualian atas pelarangan pembeberan informasi, (vi) pengembalian ataupun penghancuran dokumen atau informasi, (vii) durasi *protective orders*, (viii) penggunaan dokumen atau informasi terkait dalam arbitrase ataupun pengadilan selanjutnya, serta (ix) kewenangan majelis arbitrator untuk menggubah *protective orders* selama proses persidangan arbitrase berlangsung.²⁰⁹ Dalam *WIPO Arbitrations*, majelis arbitrator dapat menunjukkan *confidentiality advisors* untuk menentukan kemungkinan kondisi yang memperbolehkan diadakannya pembeberan informasi, serta pihak yang dapat mengakses informasi tersebut.²¹⁰ Dalam Article 3.8 *IBA (International Bar Association) Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration*²¹¹, majelis arbitrator dapat

²⁰⁸ David F. Herr, *Annotated Manual for Complex Litigation 4th ed.*, Thompson West, 2005.

²⁰⁹ Ileana M. Smeureanu, *Op. Cit.*, hal. 172.

²¹⁰ Lihat *WIPO Arbitration Rules*, Art. 52(2).

²¹¹ *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration 2010* adalah suatu pedoman pengaturan yang dibentuk oleh *Arbitration Committee* dari *International Bar*

menyerahkan keputusan dikeluarkan atau tidak nya *protective orders* kepada ahli independen yang terikat dengan asas kerahasiaan.²¹² Ahli tersebut akan memeriksa dokumen terkait, yang kemudian hasil pemeriksaan tersebut akan diberikan kepada majelis arbitrator.

Selama proses persidangan arbitrase berjalan, setelah suatu informasi atau dokumen dipaparkan, para pihak juga dapat meminta dikeluarkannya *interim measures* untuk mencegah kemungkinan tersebarnya suatu informasi tertentu. *Interim measures*, yang juga dikenal sebagai *provisional measures* atau *conservatory measures*, dapat didefinisikan sebagai berbagai jenis perintah yang dibentuk untuk menjaga hak para pihak yang sedang bersengketa selama proses persidangan arbitrase berlangsung, sebelum dikeluarkannya putusan akhir.²¹³ Meskipun istilah dan konsep hukumnya dapat berbeda-beda di berbagai negara, tetapi pada umumnya *interim measures* dalam arbitrase dapat digunakan dalam kasus yang terdapat unsur “*necessity*” (kebutuhan), serta terdapat suatu ancaman atas timbulnya suatu kerugian yang substansial, yang tidak dapat dikompensasi.²¹⁴ Sebelum mengeluarkan *interim measures*, majelis arbitrator akan memperhatikan kerugian yang telah terjadi, ataupun yang akan terjadi apabila terjadi pembeberan informasi terkait. Penentuan apakah kerugian tersebut bersifat substansial atau tidak sangatlah bergantung pada keadaan faktual dalam tiap-tiap kasus. Kerugian atas reputasi bisnis, kehilangan partner bisnis, merosotnya nilai perusahaan dan

Association’s Legal Practice Division. Instrumen ini merupakan pedoman bagi arbitrator dan pihak yang bersengketa mengenai mekanisme pengambilan barang bukti secara efisien, ekonomis, serta *fair process* dalam arbitrase internasional, yang dapat diadopsi dengan menyebutkannya dalam perjanjian arbitrase yang dimiliki oleh para pihak yang bersengketa. Diakses di <http://tinyurl.com/iba-Arbitration-Guidelines.pdf>.

²¹² *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration 2010*, Art. 3.8: “*In exceptional circumstances, if the propriety of an objection can be determined only by review of the Document, the Arbitral Tribunal may determine that it should not review the document. In that event, the Arbitral Tribunal may, after consultation with the Parties, appoint an independent and impartial expert, bound to confidentiality, to review any such Document and to report on the objection. To the extent that the objection is upheld by the Arbitral Tribunal and to the other Parties the contents of the Documents reviewed.*”

²¹³ Gary Born, *Op. Cit.*, hal. 920.

²¹⁴ Julian D.M. Lew, et.al., *Op. Cit.*, hal. 604.

nilai pemasukan perusahaan, penyalahgunaan informasi rahasia, timbulnya *unfair advantages* bagi kompetitor bisnis, serta kehilangan rahasia dagang, merupakan alasan-alasan yang menyebabkan suatu kerugian bersifat substansial.²¹⁵ Pihak yang mengajukan *interim measures* haruslah membuktikan kepada majelis arbitrator bahwa kerugian substansial sangatlah mungkin untuk terjadi, apabila pihak majelis arbitrator tidak memberikan *interim measures*. Perlu diperhatikan bahwa mengingat keterbatasan wewenang yang dimiliki majelis arbitrator, *interim measures* hanya dapat diberikan oleh majelis arbitrator kepada pihak yang bersengketa dalam arbitrase terkait.²¹⁶

Sebagai tambahan, untuk di Indonesia sendiri, tidak memungkinkan dijatuhkan sanksi terhadap pelanggaran atas asas kerahasiaan. Mengacu kepada kasus yang diperoleh oleh Penulis dari wawancara terhadap Iswahjudi A. Karim²¹⁷, tidak terdapat sanksi yang dijatuhkan dalam kasus tersebut. Pihak Majelis Arbitrator yang menangani kasus tersebut hanya memberikan peringatan secara lisan kepada para pihak untuk tidak mengulangi tindakan tersebut. Hal ini menunjukkan bagaimana dalam Arbitrase yang terdapat di Indonesia, sanksi atas pelanggaran asas kerahasiaan dalam bentuk *provisional measures* bersifat minim bahkan mungkin tidak ada sama sekali.²¹⁸

3.6.2. Monetary Remedies

Kemungkinan yang kedua, yaitu pemberian ganti rugi, adalah untuk mengkompensasi kerugian yang dapat dipastikan secara moneter. Terkadang ganti rugi dapat mendampingi pemberian *injunctions*, jika memang *injunctions* dinilai tidak mampu memulihkan kerugian secara penuh. Pihak yang mengajukan permohonan ganti rugi haruslah membuktikan beberapa hal berikut kepada

²¹⁵ *Biwater Gauff Tanzania Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case no. ARB/05/22, Procedural Order no. 3, diakses di http://www.worldbank.org/icsid/cases/arb0522/procedural_order3.pdf.

²¹⁶ Gary Born, *Op. Cit.*, hal. 925.

²¹⁷ Lihat *supra*, kasus arbitrase nasional yang pernah ditangani Karimsyah, hal. 59.

²¹⁸ Wawancara dengan Iswahjudi A. Karim, 12 Juli 2012.

majelis arbitrator.²¹⁹ (i) pihak yang dirugikan harus membuktikan bahwa terdapat kewajiban untuk menjaga asas kerahasiaan di antara para pihak, (ii) bahwa memang benar terjadi suatu pelanggaran atas asas kerahasiaan, (iii) bahwa memang benar pelanggaran atas asas kerahasiaan terjadi akibat tindakan pihak lawan, (iv) bukti terjadinya kerugian, serta (v) kerugian tersebut dapat dinilai secara moneter. Majelis arbitrator dapat mengabulkan permohonan ganti rugi yang diajukan apabila lima unsur tersebut dapat dipenuhi. Perlu diperhatikan, bahwa dalam menilai suatu kerugian secara moneter, bukanlah hal yang mudah. Hal tersebut membuat *monetary remedies* bukanlah solusi yang kerap dikabulkan oleh majelis arbitrator.²²⁰



²¹⁹ Ileana M. Smeureanu, *Op. Cit.*, hal. 180.

²²⁰ *Ibid.*, hal. 182.



BAB 4

ANALISIS KASUS ARBITRASE DENGAN PERMASALAHAN ASAS KERAHASIAAN

Dalam karya tulis ini, penulis akan menganalisis dua kasus arbitrase dengan permasalahan asas kerahasiaan. Kasus pertama adalah kasus *AMCO Asia Corp; Pan American Development Limited; PT. AMCO Indonesia v. Republik Indonesia*, sebuah kasus yang diadakan di ICSID. Pertimbangan penulis untuk memilih kasus ini adalah karena kasus ini merupakan sengketa arbitrase, yang terdapat permasalahan asas kerahasiaan di dalamnya, yang melibatkan negara Republik Indonesia sebagai salah satu pihak yang bersengketa. Kasus kedua adalah kasus *Sure Care Services Ltd and others v. At Your Request Franchise Group Ltd and others*, sebuah kasus yang terjadi di New Zealand. Kasus ini dipilih oleh penulis dikarenakan kasus ini terjadi di New Zealand sesudah tahun 2007, tahun dimana amandemen dari *New Zealand Arbitration Act* disahkan. Pengaturan asas kerahasiaan dalam *New Zealand Arbitration Act 2007 Amendment* merupakan pengaturan asas kerahasiaan yang paling komprehensif dalam hukum arbitrase suatu negara.

4.1. Kasus *AMCO Asia Corp; Pan American Development Limited; PT. AMCO Indonesia v. Republik Indonesia*

4.1.1. Kasus Posisi

Pada tahun 1968, AMCO Asia Corp dan PT Wisma membuat perjanjian *Lease and Management* atas kompleks hotel dan perkantoran di Jakarta, yang dimiliki oleh PT Wisma. AMCO Asia Corp merupakan perusahaan milik Amerika, sedangkan PT Wisma merupakan suatu perusahaan yang dimiliki secara penuh oleh INKOPAD, sebuah badan hukum yang berhubungan dengan TNI Angkatan Darat. Dalam perjanjian tersebut, AMCO Asia Corp menginvestasikan US\$ 4.000.000 untuk pembangunan dan pengembangan hotel. PT Wisma memberikan leasing kepada AMCO Asia Corp untuk jangka waktu 19 tahun (yang kemudian diperpanjang hingga 30 tahun) dalam hubungan *profit-sharing*. Pada tahun 1967, Indonesia mensahkan Undang-Undang baru yang mengharuskan

investor asing untuk beroperasi melalui perusahaan yang dibentuk berdasarkan hukum Indonesia. Pada Mei 1968, AMCO Asia Corp mengajukan permohonan kepada Pemerintah Indonesia untuk mendirikan PT AMCO Indonesia. Permohonan tersebut mengandung perjanjian arbitrase yang menetapkan bahwa apabila terjadi sengketa di kemudian hari, maka sengketa tersebut akan diselesaikan melalui arbitrase di ICSID. Permohonan tersebut diterima dan akhirnya PT AMCO Indonesia berdiri pada Januari 1969. Hal ini melimpahkan segala hak dan kewajiban AMCO Asia Corp kepada PT AMCO Indonesia.

Pada tahun 1970, PT AMCO membuat *sub-lease agreement* dengan Aeropacific Group, untuk mengoperasikan Hotel Kartika Plaza hingga tahun 1978. Aeropacific Group melanjutkan pengoperasian hotel dan pada awal tahun 1972 telah berhasil membangun 11 lantai dengan 331 kamar di hotel tersebut. Berdasarkan kerjasama *profit sharing* yang dimiliki oleh para pihak, PT AMCO memiliki hak atas manajemen seluruh kompleks hotel, yang meliputi hotel, perkantoran, serta toko. Formula *profit sharing* yang baru dibentuk, yaitu pada 6 tahun pertama (1978-1984) keuntungan bersih yang diterima akan dibagi 65% untuk PT AMCO dan 35% untuk PT Wisma. Untuk periode selanjutnya (1984-1999), para pihak akan membagi 50%-50% atas keuntungan bersih. Pada tahun 1979, PT AMCO menyewa Ramada Group untuk manajemen hotel.

Pada akhir tahun 1979, terjadi perbedaan pendapat antara PT AMCO dan PT Wisma dalam beberapa hal, terutama perihal bagian *profit sharing* PT Wisma yang terlambat dibayarkan oleh PT AMCO. PT Wisma mengancam apabila bagian mereka tidak diberikan pada tanggal yang telah ditentukan, maka PT Wisma, selaku pemilik, akan mengambil alih manajemen hotel tersebut. Akhirnya PT AMCO memberikan pembayaran atas bagian dari PT Wisma, akan tetapi hanya dalam jumlah kecil. Pada 31 Maret 1980, PT Wisma mengambil alih manajemen hotel secara paksa dari PT AMCO dengan bantuan dari personel TNI dan Polri. Kemudian berdasarkan permohonan dari Kepala BKPM, Presiden Soeharto yang kala itu menjabat, mencabut izin usaha PT AMCO. Pada 9 Juli 1980, izin tersebut dicabut secara formal oleh BKPM.

Pada tanggal 15 Januari 1981, AMCO Asia Corp., Pan American Development Limited (perusahaan Hong Kong yang memiliki mayoritas saham di AMCO Asia Corp), dan PT AMCO Indonesia mengajukan surat permohonan arbitrase kepada Sekjen ICSID atas sengketa mereka melawan pihak Republik Indonesia. Pihak penggugat berpendapat bahwa investasi mereka atas bangunan dan manajemen Hotel Kartika Plaza pada tahun 1968 telah disetujui oleh pihak Indonesia untuk jangka waktu 30 tahun. Akan tetapi pada tahun 1980, pihak Indonesia mengambil alih secara paksa kompleks hotel dengan bantuan militer dan kepolisian, serta membatalkan izin investasi pihak penggugat.

Permasalahan pelanggaran asas kerahasiaan

Majelis Arbitrator yang dibentuk untuk menyelesaikan sengketa ini memberikan putusan atas masalah yurisdiksi pada 25 September 1983, serta putusan atas sengketa pada 21 November 1984. Sekitar 3 bulan sebelum putusan atas masalah yurisdiksi diputuskan oleh Majelis Arbitrator, mayoritas pemegang saham Pan American memberikan pernyataan di “Business Standard”, sebuah koran berbahasa Inggris yang beredar di Hong Kong, tentang sengketa mereka. Artikel koran tersebut memberikan deskripsi tentang struktur organisasi PT Wisma, kaitannya dengan pihak TNI AD, serta bagaimana PT Wisma dijalankan oleh Jenderal Militer anggota Inkopad. Artikel tersebut juga menuliskan tentang bagaimana Hotel Kartika Plaza diambil alih secara paksa oleh pihak militer, dikarenakan ketidakpuasan pihak militer dengan perjanjian *profit sharing* yang telah dimiliki oleh para pihak. Pengambil alihan tersebut dianggap sebagai strategi untuk memaksa AMCO Asia guna dibentuknya perjanjian *profit sharing* yang baru, yang lebih menguntungkan pihak militer.

Pada September 1983, Indonesia memberikan *counter claim* (gugat balik) perihal pelanggaran asas kerahasiaan dan mengajukan surat permohonan rekomendasi atas *provisional measures*, berdasarkan Article 47 dari ICSID Convention, kepada Majelis Arbitrator untuk mencegah pihak AMCO dll. melakukan tindakan-tindakan lebih lanjut yang dapat memperparah sengketa. Secara khusus, Indonesia memohon agar pihak AMCO tidak memberikan pernyataan media yang provokatif untuk mencegah investor asing lain

menanamkan modal nya di Indonesia. Pihak Indonesia berpendapat bahwa tindakan pihak AMCO, dalam memberikan pernyataan tersebut di media, tidak sesuai dengan asas kerahasiaan yang umumnya terdapat dalam proses persidangan arbitrase internasional.

Putusan Majelis Arbirator atas Permasalahan Asas Kerahasiaan

Pada akhirnya, majelis arbitrator menolak *counter-claim* pihak Indonesia dalam hal pelanggaran asas kerahasiaan yang dituduhkan kepada pihak AMCO, serta permohonan pihak indonesia atas diberikannya *provisional measures* pun ditolak. Majelis Arbitrator berpendapat bahwa artikel yang terdapat di *Business Standard* tidak merugikan pihak Indonesia dalam kasus ini, serta tidak memperparah sengketa di antara para pihak. Menurut Majelis Arbitrator, artikel koran tersebut menjabarkan sesuatu yang merupakan pendapat pribadi pemegang saham Pan American, yang memang dinyatakan demikian dalam artikel koran tersebut, serta fakta lapangan yang kebenarannya tidak diragukan lagi. Kemudian, di Indonesia sendiri pun permasalahan sengketa ini juga dibahas oleh berbagai media lokal di Indonesia. Selain itu, permohonan *provisional measures* yang diajukan oleh pihak Indonesia juga tidak memenuhi syarat untuk dikabulkan, dimana pihak pemohon *provisional measures* gagal dalam memaparkan hak manakah yang perlu dilindungi dengan dikeluarkannya *provisional measures*. Kemudian, Majelis Arbitrator juga menyetujui pembelaan yang diajukan pihak AMCO dengan menyatakan bahwa tindakan pihak AMCO dalam memberikan pernyataan ke *Business Standard* tidak bertentangan dengan asas kerahasiaan yang terdapat dalam arbitrase ICSID.

4.1.2. Analisis Kasus

Pengaturan asas kerahasiaan dalam arbitrase yang diselenggarakan oleh ICSID dapat dikesampingkan oleh para pihak apabila mereka memang menyetujuinya. Dalam menganalisa kasus ini, Penulis akan menggunakan *ICSID Convention and Arbitral Rules 1968*, instrumen hukum yang berlaku ketika kasus AMCO terjadi. *Article 48(4) ICSID Arbitration Rules* tidak melarang para pihak

untuk mempublikasikan putusan arbitrase apabila para pihak telah sepakat dalam hal tersebut.²²¹ Akan tetapi, *ICSID Arbitration Rules* merupakan salah satu dari sekian banyak peraturan institusi arbitrase yang menghargai asas kerahasiaan dalam arbitrase.²²² Oleh karena itu, kecuali pihak AMCO dan pihak Indonesia telah menyetujui secara eksplisit untuk mempublikasikan aspek tertentu dari sengketa mereka, terdapat alasan bagi para pihak untuk menganggap bahwa terdapat kerahasiaan atas sengketa mereka yang diajukan ke ICSID. Hal ini membuat permohonan pihak Indonesia atas *provisional measure* merupakan permohonan yang berdasar, serta membuat keputusan dari Majelis Arbitrator untuk tidak mengabulkan permohonan tersebut tidaklah konsisten dengan asas kerahasiaan yang terdapat dalam arbitrase di ICSID.

Namun, di satu sisi, keputusan dari Majelis Arbitrator tersebut tidak pula salah. Tidak terdapat preseden di antara kasus-kasus ICSID sebelumnya yang mengabulkan permohonan *provisional measure* dengan tipe yang serupa. Maka dari itu, kita perlu menelaah lebih lanjut sejarah perancangan *Article 48(5)* dari *ICSID Convention*²²³ serta *ICSID Arbitration Rules* guna menilai keputusan oleh Majelis Arbitrator tersebut. *Article 48(5)* dari *ICSID Convention 1968* merupakan sumber pengaturan asas kerahasiaan yang terdapat dalam konvensi yang berlaku kala itu.

Drafting History of Article 48 (5) of ICSID Convention

Pembahasan mengenai apakah ICSID memiliki kewenangan untuk mempublikasikan suatu putusan arbitrase baru diangkat di proses akhir tahap

²²¹ *Rule 48(4) of ICSID Arbitration Rules 1968* menyatakan: “Centre shall not publish any award without the consent of the parties.” Pasal tersebut kini telah diamandemen menjadi: “Centre may, however, include its publications excerpts of the legal rules applied by the Tribunal.”

²²² Lihat *Summary Proceedings of the Legal Committee Meeting, December 8, Morning, Doc. SID/LC/SR/16* dalam Benjamin H. Tayar, *Confidentiality in ICSID Arbitration after AMCO Asia Corp. v. Indonesia: Watchword or White Elephant*, *Fordham International Law Journal* Vol. 10 Issue 1, 1986, hal. 110.

²²³ *Article 48(5) of ICSID Convention 1968* menyatakan: “Centre shall not publish the award without the consent of the parties.”

perancangan *ICSID Convention*. Pada akhirnya, *Legal Committee*²²⁴ dalam perancangan konvensi tersebut memutuskan untuk menyerahkan hal tersebut pada otonomi para pihak yang bersengketa. Hal ini bertujuan untuk memberikan keleluasaan bagi para pihak yang bersengketa dalam menentukan tindakan ICSID untuk mempublikasikan suatu putusan arbitrase.²²⁵

Melihat dari sejarah perancangan tersebut, kita dapat menyimpulkan bahwa tindakan Majelis Arbitrator dalam kasus AMCO tidaklah bertentangan dengan *ICSID Convention*. Pihak yang bersengketa dalam arbitrase ICSID memiliki kebebasan untuk membeberkan kasus mereka, tetapi tidak terhadap putusan arbitrase nya. Sejarah perancangan *ICSID Convention* menunjukkan bagaimana pertimbangan *Legal Committee* untuk memberikan otonomi bagi para pihak yang bersengketa dalam menentukan hal yang berkaitan dengan publikasi putusan arbitrase, bukan tentang sengketa yang dimiliki oleh para pihak. Sementara kita dapat melihat dalam kasus ini, hal yang dibeberkan oleh pemegang saham *Pan American Development Limited* berkaitan dengan sengketa yang mereka miliki, bukan mengenai putusan arbitrase yang dibentuk oleh Majelis Arbitrator.

Arbitral Rules

Dalam kasus AMCO, tuduhan pelanggaran asas kerahasiaan dilakukan oleh salah satu pihak yang bersengketa. Namun dalam peraturan arbitrase ICSID tindakan untuk menjaga asas kerahasiaan hanya ditekankan pada Majelis Arbitrator. Pada *Rule 6(2)*²²⁶, Majelis Arbitrator diwajibkan untuk menjaga kerahasiaan informasi yang diperoleh selama masa jabatan. Kemudian *Rule*

²²⁴ *Legal Committee* merupakan badan penasihat dari *Executive Directors of the International Bank for Reconstruction and Development (World Bank)*, yang merupakan promotor perancangan *ICSID Convention*. *Legal Committee* terdiri dari representatif 61 Negara yang berkumpul pada Washington D.C. sebanyak 22 kali antara 23 November hingga 11 Desember 1964. Lihat Benjamin H. Tayer, *Op. Cit.*, hal. 110.

²²⁵ Benjamin H. Tayer, *Op. Cit.*, hal. 111.

²²⁶ *Rule 6(2) of ICSID Arbitration Rules 1968* menyatakan: “*all arbitrators shall keep confidential all information to [their] knowledge . . .*”

15(1)²²⁷ menyatakan bahwa Majelis Arbitrator tidak diperbolehkan untuk mempublikasikan pertimbangan mereka dalam membuat putusan arbitrase. Selain itu *Rule 37(2)*²²⁸ dan *48(4)* juga tidak mengatur tindakan para pihak yang bersengketa. Kedua pasal tersebut hanya menyebutkan bahwa ICSID tidak diizinkan untuk mempublikasikan putusan arbitrase tanpa persetujuan para pihak yang bersengketa. *Rule 31(2)*²²⁹ juga mendelegasikan Majelis Arbitrator, dengan persetujuan para pihak yang bersengketa, untuk mengizinkan siapa saja yang boleh hadir dalam proses pemeriksaan arbitrase. Melalui pengaturan-pengaturan tersebut kita dapat melihat bagaimana *ICSID Arbitral Rules* meletakkan fokus perihal asas kerahasiaan pada tindakan Majelis Arbitrator, bukan pada pihak yang bersengketa.

Satu-satunya pengaturan dalam *ICSID Arbitral Rules* yang mengacu pada tindakan para pihak yang bersengketa adalah “*Note F*” dari *Rule 30* yang mengizinkan para pihak untuk mempublikasikan *pleadings* mereka. Mengingat artikel dalam *Business Standard* menjabarkan sesuatu yang merupakan opini dari pemegang saham *Pan American*, maka hal tersebut dapat disamakan dengan *pleadings* dari pihak AMCO. Meskipun begitu *Note F* juga menerapkan persyaratan *good faith* dimana para pihak disarankan untuk mencegah publikasi yang bersifat memperparah sengketa yang ada. Melalui pengaturan di *Rule 37 (2)* dan *48 (4)*, pihak yang bersengketa memiliki hak untuk mempublikasikan *pleading* mereka.

Meskipun begitu, keputusan dari Majelis Arbitrator, untuk menyatakan bahwa tindakan dari pemegang saham *Pan American* dalam mempublikasikan opini mereka di *Business Standard* tidak memperparah sengketa yang ada, merupakan sesuatu yang meragukan. Seyogyanya terdapat pelanggaran dari *Note*

²²⁷ *Rule 15(1) of ICSID Arbitration Rules 1968* menyatakan: “*the deliberations of the Tribunal shall take place in private and remain secret.*”

²²⁸ *Rule 37(2) of ICSID Arbitration Rules 1968* menyatakan: “*the minutes of the hearing . . . shall not be published without the consent of the parties.*”

²²⁹ *Rule 31(2) of ICSID Arbitration Rules 1968* menyatakan: “*the Tribunal shall decide, with the consent of the parties, which other persons besides the parties, their agents, counsel and advocates, witnesses, and experts during their testimony, and officers of the Tribunal may attend the hearings.*”

F atas *Rule 30* dimana tindakan tersebut merupakan tindakan yang memperparah sengketa. Akan tetapi, terdapat pertimbangan yang dimiliki Majelis Arbitrator untuk menguatkan argumen mereka dimana pihak Indonesia juga telah gagal untuk melindungi persyaratan *good faith* dalam pengaturan tersebut. Di Indonesia sendiri, terdapat beberapa jurnal yang membentuk impresi di mata publik, yang menyebabkan pihak Indonesia dianggap juga melanggar persyaratan *good faith* dalam pengaturan *Note F Rule 30*.

Apabila ditinjau dari pengecualian asas kerahasiaan yang telah dibahas pada bab 3, dapat dilihat bahwa apa yang dilakukan oleh pihak Indonesia dalam kasus ini merupakan bukti bahwa terdapat pengecualian atas asas kerahasiaan berdasarkan kesepakatan secara implisit. Pihak Indonesia, di satu sisi, memohon pada Majelis Arbitrator agar pihak AMCO tidak membuka informasi sengketa ini di publik, akan tetapi di sisi lain mereka juga tidak dapat mencegah adanya pembahasan informasi tersebut di media negara Indonesia sendiri.

4.2 Kasus *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania*

4.2.1. Kasus Posisi

Kasus ini merupakan kasus di antara *Biwater Gauff Tanzania Limited (BGT)*, sebuah perusahaan yang didirikan berdasarkan hukum Inggris dan Wales, selaku Penggugat, dengan *United Republic of Tanzania (Rep. Tanzania)*, selaku Tergugat. Kasus ini mengenai proyek pengembangan infrastruktur pengairan dan gorong-gorong Dar es Salaam di Tanzania (*the Dar es Salaam Water Supply and Sanitation Project*).

BGT adalah perusahaan yang merupakan gabungan antara *Biwater International Limited (Biwater)*, sebuah perusahaan Inggris, dengan *HP Gauff Ingenieure GmbH and Co. KG-JBG (Gauff)*, sebuah perusahaan Jerman. *Biwater* memegang 80% saham dari *BGT*, sedangkan *Gauff* memiliki sisa 20% saham kepemilikan *BGT*.

Pada tahun 2003, Rep. Tanzania menerima bantuan dana dari *World Bank*, *African Development Bank*, dan *European Investment Bank* untuk pembiayaan *Dar Es Salaam Water Supply and Sanitation Project*. Sebagai salah satu prasyarat atas pembiayaan yang akan diperoleh, Rep. Tanzania haruslah menunjuk pihak swasta sebagai operator untuk mengelola dan mengoperasikan sistem pengairan dan gorong-gorong, serta untuk mengerjakan sebagian pekerjaan proyek tersebut. Oleh karena itu diadakanlah tender oleh Rep. Tanzania.

Salah satu ketentuan yang terdapat dalam tender tersebut adalah, pihak swasta yang memenangkan tender haruslah mendirikan perusahaan pengoperasian (*operating company*) yang berdasarkan hukum Tanzania. Kemudian, sebagian saham dari perusahaan pengoperasian tersebut haruslah dimiliki oleh salah satu perusahaan lokal yang terdapat di Tanzania. Melalui tender yang diadakan oleh Rep. Tanzania, pihak *BGT* akhirnya memperoleh pekerjaan tersebut, yang kemudian mendirikan *City Water Services Limited*, berdasarkan hukum Tanzania, dengan sebagian sahamnya dimiliki oleh *Super Doll Trailer Manufacture Co. (T) Limited*, sebuah perusahaan lokal Tanzania.

City Water, sebagai *Operating Company*, akhirnya memiliki tiga kontrak dengan *Dar es Salaam Water and Sewerage Authority (DAWASA)*, sebuah perusahaan milik negara yang selama ini bertanggung jawab atas sistem pengairan sistem pengairan dan gorong-gorong Dar es Salaam. Kontrak tersebut meliputi *Water and Sewerage Lease Contract (Lease Contract)*, *Supply and Installation of Plant and Equipment Contract (SIPE)*, dan *Procurement of Goods Contract (POG)*.

Sengketa timbul ketika *BGT* menyatakan bahwa terdapat runtutan kejadian yang, secara garis besar, merupakan ekspropriasi dari investasi *BGT* dan pelanggaran atas kewajiban oleh Rep. Tanzania. Rep. Tanzania dianggap telah melalaikan kewajibannya untuk mengambil tindakan yang adil dengan melakukan berbagai perbuatan diskriminatif dan tidak beralasan terhadap *BGT*, selaku investor di negaranya.

Permasalahan Asas Kerahasiaan dalam Kasus Biwater

Ketika proses persidangan arbitrase sedang berlangsung, Rep. Tanzania dengan sengaja membocorkan *Minutes of the First Session of the Tribunal* dan *Procedural Order No. 2* di internet pada situs (<http://ita.law.uvic.ca/>). Ketika diklarifikasi, pihak Rep. Tanzania pun tidak menyangkal bahwa dokumen-dokumen yang dimasukkan dalam situs tersebut merupakan perbuatan mereka. Pihak *BGT* beranggapan bahwa tindakan tersebut merupakan pelanggaran atas persetujuan awal para pihak dimana pembukaan informasi haruslah didasarkan pada kesepakatan yang menggunakan *case-by-case basis*. Pihak *BGT* mendasarkan gugatannya pada para. 19 dari *Minutes of the First Session of the Tribunal*, yang berisi: “*The parties will consider, on a case by case basis, the publication of other items listed in the Administrative and Financial Regulation 22(2) (b) and (c) and of any other order or decision of the Tribunal.*”²³⁰ Tindakan Rep. Tanzania dalam hal ini dianggap melanggar ketentuan tersebut dengan membocorkan *Procedural Order No. 2* tanpa ada pemberitahuan sebelumnya.

Tindakan tersebut menyebabkan pihak *BGT* mengajukan permohonan atas *Provisional Measures* kepada Majelis Arbitrator. Berikut pernyataan pihak *BGT* yang terdapat dalam surat permohonan *provisional measures* atas *confidentiality* yang mereka ajukan:²³¹

“*that, for the duration of the arbitration proceedings, the parties refrain from taking any steps which might undermine the procedural integrity, or the orderly working, of the arbitral process and / or which might aggravate or exacerbate the dispute, and in particular that:*

- a. *the parties undertake to discuss on a case by case basis the publication of All Decisions other than the Award made in the course of proceedings, with the object of achieving mutual agreement, and if agreement cannot be reached, the parties refer the matter to the Tribunal for decision;*

²³⁰ *First Session Minutes, Biwater Gauff v. United Republic of Tanzania*, Paris, 23 Maret 2006, para. 19. Lihat pada ICSID Case No. ARB/05/22, *Procedural Order No. 3*, 29 September 2006.

²³¹ *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, *Procedural Order No. 3*, 29 September 2006, para. 12.

- b. *the parties refrain from disclosing to third parties any of the Pleadings;*
- c. *the parties refrain from disclosing to third parties any of the Documents produced in respect of the First Round Disclosure and the Second Round Disclosure; and*
- d. *the parties refrain from disclosing to third parties any correspondence between the parties and / or the Tribunal exchanged in respect of the arbitral proceedings.*

Dalam menanggapi permohonan yang diajukan oleh BGT, pihak Rep. Tanzania memberikan argumen bahwa terdapat kepentingan publik yang harus diperhatikan dalam kasus ini. Rep. Tanzania beranggapan bahwa terdapat berbagai pihak yang ingin mengetahui perkembangan proses persidangan arbitrase ini, antara lain masyarakat Rep. Tanzania, masyarakat Inggris, masyarakat negara-negara berkembang lainnya yang menaruh perhatian pada permasalahan privatisasi, institusi internasional yang berurusan dengan pembangunan negara-negara berkembang, industri-industri pengairan internasional, dan ahli-ahli arbitrase investasi. Rep. Tanzania beranggapan bahwa sengketa ini, secara umum, akan mempengaruhi kebijakan negara-negara berkembang di dunia internasional.

Putusan Majelis Arbitrator dalam *Procedural Order No. 3*

Dalam hal ini Majelis Arbitrator memperhatikan dengan seksama antara keadaan sengketa yang bersifat publik dengan kepentingan-kepentingan yang mungkin akan terparuh dengan keterbukaan informasi dalam sengketa ini. Akhirnya Majelis Arbitrator pun memutuskan pada *Procedural Order No. 3* untuk melarang publikasi atas dokumen-dokumen tertentu. Berikut, kutipan *Procedural Order No. 3* yang menyatakan dokumen-dokumen apa saja yang tidak dapat dipublikasi-kan:

- (i) *the minutes or record of hearings* (transkrip proses pemeriksaan arbitrase);
- (ii) *documents produced by the opposing party in the course of the proceedings (whether pursuant to a disclosure exercise or otherwise* (dokumen pihak lawan yang diajukan ketika proses persidangan arbitrase));

- (iii) *pleadings and written memorials (and the attached witness statement or expert reports)* (memo tertulis ataupun lisan, termasuk di dalamnya keterangan saksi dan saksi ahli); *and*
- (iv) *any correspondence between the parties and/or the arbitral tribunal* (korespondensi antara para pihak yang bersengketa dan/atau Majelis Arbitrator)

4.2.2. Analisis Kasus

Dalam kasus ini, meskipun instrumen hukum ICSID yang digunakan telah berbeda dengan instrumen hukum ICSID yang digunakan pada kasus *AMCO v. Indonesia*, yang menggunakan versi *ICSID Convention and Arbitration Rules 1968*, akan tetapi secara garis besar kedua instrumen hukum ICSID tersebut masih memiliki pengaturan atas asas kerahasiaan yang sama, dimana tidak terdapat pengaturan asas kerahasiaan secara umum. Sama seperti versi 1968, *ICSID Convention and Arbitration Rules 2006* hanya memiliki perlindungan kerahasiaan atas putusan arbitrase. Disini pihak *BGT* mendasarkan permohonannya pada *Article 47* dari *ICSID Convention*²³² dan *Rule 39(1)* dari *ICSID Arbitration Rules*²³³. Adapun latar belakang permohonan tersebut tidak jauh berbeda dengan apa yang diajukan oleh pihak *AMCO* pada kasus *AMCO v. Indonesia* dimana tindakan Rep. Tanzania dianggap sebagai sesuatu yang memperparah sengketa, suatu pelanggaran atas *Note F* dari *Rule 30 of ICSID Arbitration Rules*.

Akan tetapi berbeda dengan kasus *AMCO*, dalam kasus *Biwater*, melalui apa yang terdapat pada *para. 19 of Minutes of First Hearing*, para pihak telah menyetujui bahwa mereka telah mengacu pada *Article 48(5) of ICSID Convention* dan *ICSID Administrative and Financial Regulation 22(2)(b)* dan (c), bahwa publikasi informasi yang dilakukan akan diserahkan pada Sekretariat ICSID.

²³² *Article 47 of ICSID Convention* : “Except as the parties otherwise agree, the Tribunal may, if it considers that the circumstances so require, recommend any provisional measures which should be taken to preserve the respective right of either party.

²³³ *Rule 39(1) of ICSID Arbitration Rules*: “At any time after the institution of the proceeding, a party may request that provisional measures for the preservation of its rights be recommended by the Tribunal. The request shall specify the rights to be preserved, the measures the recommendation of which is requested, and the circumstances that require such measures.”

Berdasarkan dua pengaturan tersebut, Sekretariat ICSID akan mempublikasi informasi-informasi dengan cara-cara yang dianggap pantas dan layak. Akan tetapi pihak Rep. Tanzania berusaha mengabaikan kesepakatan tersebut dengan menyatakan bahwa terdapat kepentingan publik yang harus diperhatikan disini.

Dalam putusannya di *Procedural Order No. 3*, Majelis Arbitrator mengakui bahwa untuk arbitrase di bidang investasi, peran asas kerahasiaan tidak sebesar dengan apa yang terdapat dalam arbitrase komersial biasa. Hal ini mengingat keadaan sengketa investasi yang umumnya bersifat publik. Majelis Arbitrator juga mengakui bahwa terdapat tendensi kepada transparansi untuk arbitrase di bidang investasi, terutama di ICSID, dimana tidak terdapat asas kerahasiaan secara umum. Akan tetapi, Majelis Arbitrator juga menyatakan bahwa meskipun tidak terdapat pengaturan asas kerahasiaan secara umum dalam *ICSID Convention* maupun *Arbitration Rules*, akan tetapi tidak terdapat pula pengaturan bahwa terdapat pengaturan transparansi ataupun keterbukaan informasi secara umum. Dalam putusannya Majelis Arbitrator menyatakan:²³⁴

“In the absence of any agreement between the parties on this issue, there is no provision imposing a general duty of confidentiality in ICSID Arbitration, whether in the ICSID Convention, any of the applicable Rules or otherwise. Equally, however, there is no provision imposing a general rule of transparency of non-confidentiality in any of these sources.”

Pernyataan tersebut tidak dapat memungkiri bahwa memang arbitrase ICSID memiliki kecenderungan untuk condong terhadap transparansi. Terutama apabila kasus ini sudah selesai, tentunya pihak *BGT* maupun *Rep. Tanzania* memiliki kewajiban untuk membuka informasi yang terkait sengketa ini kepada pihak-pihak ketiga yang memiliki kepentingan. Contohnya untuk *Rep. Tanzania*, pastinya mereka harus melaporkan hasil putusan arbitrase ini kepada pihak *World Bank* yang merupakan penyumbang dana untuk pembangunan *Dar es Salaam Water and Sewerage Development*.

²³⁴ *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, *Procedural Order No. 3*, 29 September 2006, para. 121.

Akan tetapi Majelis Arbitrator juga harus memperhatikan bagaimana keterbukaan informasi dapat mempengaruhi jalannya proses persidangan arbitrase. Hal ini juga ditambah lagi dengan fakta bahwa para pihak telah menyepakati berdasarkan para. 19 dari *Minutes of the First Session* dimana publikasi atas informasi-informasi yang terdapat dalam sengketa ini seharusnya diserahkan kepada Sekretariat ICSID. Sehingga pada akhirnya Majelis Arbitrator memutuskan untuk membatasi dokumen-dokumen apa saja yang tidak dapat dibebaskan oleh para pihak yang bersengketa.

Putusan Majelis Arbitrator dalam kasus ini merupakan putusan penting yang memperjelas untuk batas-batas apa saja dokumen yang dapat dibuka dalam Arbitrase di ICSID. Banyak kasus-kasus ICSID setelah kasus *Biwater* yang mengacu pada putusan Majelis Arbitrator pada kasus ini sebagai referensi dokumen-dokumen apa saja yang masih terlindungi oleh asas kerahasiaan dalam arbitrase ICSID, yang tentunya tetap berdasarkan *case-by-case basis*. Hal ini akan bergantung kembali pada pertimbangan Majelis Arbitrator pada tiap-tiap kasus. Terlepas dari kenyataan bahwa tidak terdapat pengaturan asas kerahasiaan secara umum serta adanya kecenderungan kepada arah transparansi untuk arbitrase di ICSID, namun kasus *Biwater* menunjukkan bahwa ICSID masih menghargai asas kerahasiaan dalam tingkat tertentu.

4.3. Kasus *Sure Care Services Ltd and others v. At Your Request Franchise Group Ltd and others*

4.3.1. Kasus Posisi

Kasus ini berawal dari sengketa antara pihak *Sure Care Services Ltd* (*Sure Care*), sebuah perusahaan Inggris, sebagai *franchisee* yang menggugat pihak *franchisor* yaitu *At Your Request Franchise Group Ltd* (*AYRFG*), sebuah perusahaan New Zealand, di *High court of Auckland*.

Pada Agustus 2005, Tuan Lawrence (Penggugat II) dan Tuan Wessels (Penggugat III) tertarik dengan konsep waralaba yang ditawarkan oleh pihak

AYRFG. Pada Agustus dan September 2005 Tuan Lawrence dan Tuan Wessels mengadakan beberapa pertemuan dengan Tuan Kenny (Tergugat II), direktur dan pemegang saham terbesar dari AYRFG, untuk membicarakan sistem operasi waralaba AYRFG. Pada tanggal 12 September 2005, Penggugat II dan III, bergabung dengan Sure Care, untuk tujuan pembelian waralaba regional yang meliputi tiga bidang jasa (*home care, lawn care, dan commercial care*) di daerah Tauranga, Rotorua, dan Whakatane. Penggugat II dan III menjadi pemegang saham, dengan Penggugat II juga menjabat sebagai direktur. Sure Care menandatangani perjanjian waralaba pada 13 September 2005, dengan Penggugat II menjadi penjamin kewajiban Sure Care. Sure Care membayar total biaya waralaba sebesar \$100,000, ditambah \$97,000 untuk peralatan, bahan baku, serta biaya-biaya lain untuk membangun usaha. Perjanjian tersebut berisi ketentuan-ketentuan standar, serta mengandung klausul penyelesaian sengketa (*clause 24* dari kontrak waralaba). Berikut isi dari klausul penyelesaian sengketa yang dimiliki oleh para pihak:²³⁵

24. DISPUTE RESOLUTION

24.1 Notice: *Should any dispute arise between the parties touching any matter under this Agreement, then such dispute shall be defined by written notices by the party raising to the other party and shall forthwith be discussed on a 'without prejudice' basis by the parties in an attempt to resolve their differences amicably and expeditiously.*

24.2 Mediation: *If the discussion in clause 24.1 fail to resolve the relevant dispute, then the parties agree that within fifteen Business Days of the date of the Notice of the dispute, the parties may refer the matter to a mutually agreed mediator...and must not litigate or refer to arbitration prior to mediating...*

24.3 Arbitration: *If the mediation procedure in clause 24.2 fails to resolve the relevant dispute, then the parties agree that either party may refer the issue to arbitration in accordance with the Arbitration Act 1996...*

²³⁵ *Sure Care Services v. At Your Request Franchise Group*, CIV-2008-404-005112, High Court of Auckland (Jul. 31, 2009).

24.4 No Delay: *It is agreed by both parties that any such arbitration is to be conducted and completed without delay and neither party will impede the arbitration in any way.*

24.5 Ruling Confidential: *It is agreed that parties, their advisors and consultants will hold the ruling of the Arbitrator confidential.*

Sengketa muncul ketika pihak AYRFG dituduh telah melakukan pelanggaran kontrak serta tindakan penipuan dalam berbagai aspek bisnis atas kontrak waralaba nya dengan pihak Sure Care. Para pihak akhirnya berusaha untuk menyelesaikan sengketa mereka melalui mediasi, jalur penyelesaian pertama yang diatur dalam kontrak. Akan tetapi, jalur mediasi tidak berhasil untuk menyelesaikan perbedaan pendapat yang dimiliki antar pihak. Setelah proses mediasi, pihak Sure Care menghentikan pembayaran royalti kepada pihak AYRFG, sesuai dengan kontrak waralaba di antara para pihak. Kedua belah pihak akhirnya memberikan pemberitahuan penghentian kontrak pada akhir tahun 2006.

Pihak Penggugat mengajukan gugatan pada *High Court of Auckland* pada 11 Agustus 2008. Pada 1 September 2008, pihak Tergugat menuliskan surat kepada pihak Penggugat yang menyatakan bahwa jalur penyelesaian sengketa yang akan diambil adalah arbitrase, sesuai dengan apa yang telah diatur pada kontrak waralaba di antara mereka. Pihak Tergugat menyarankan pihak Penggugat untuk menarik surat gugatan mereka di pengadilan, dan menyatakan bahwa apabila hal tersebut tidak dilakukan, pihak Tergugat akan memohon kepada pengadilan untuk membubarkan proses persidangan di pengadilan. Namun pihak Penggugat tidak menarik gugatan mereka di pengadilan, yang akhirnya membuat pihak Tergugat mengajukan permohonan kepada pengadilan untuk membubarkan proses persidangan di pengadilan.

Tergugat dalam kasus ini mengajukan pada *High court of Auckland* untuk membubarkan proses persidangan yang diajukan oleh pihak Penggugat, dikarenakan kontrak waralaba di antara mereka memiliki perjanjian arbitrase. Oleh karena itu pihak Tergugat merasa bahwa sengketa mereka seharusnya diselesaikan melalui jalur arbitrase, sesuai dengan perjanjian arbitrase yang terdapat dalam kontrak waralaba dengan pihak Penggugat. Menanggapi hal

tersebut, pihak Penggugat beranggapan bahwa dalam kasus ini terdapat pertimbangan ketertiban umum yang membuat jalur penyelesaian arbitrase harus dikesampingkan. Pihak Penggugat juga menyatakan bahwa apabila sengketa ini tidak diselesaikan melalui jalur pengadilan, praktik waralaba pihak Tergugat yang merugikan tidak akan terkuak di masyarakat luas sehingga dapat terus berjalan.

Permasalahan Asas Kerahasiaan dalam Kasus Sure Care

Salah satu dari berbagai argumen Penggugat yang menyatakan bahwa pihak pengadilan memiliki yurisdiksi untuk menyelesaikan sengketa ini adalah penyelesaian sengketa melalui jalur arbitrase, dalam kasus ini, akan melanggar ketertiban umum. Argumen ini berangkat dari pemikiran bahwa pemasaran bisnis waralaba yang dijalankan oleh AYRFG haruslah didasarkan pada kejujuran, integritas, dan keadilan. Sure Care menyatakan bahwa hal tersebut merupakan salah satu alasan mengapa mereka mengadakan kontrak dengan pihak AYRFG. Akan tetapi, pada pengoperasiannya, sistem waralaba yang ditawarkan oleh pihak Tergugat tidak sesuai dengan pemikiran tersebut. Pihak Penggugat beranggapan bahwa pengoperasian sistem waralaba yang dijalankan oleh AYRFG penuh dengan penipuan, yang merugikan pihak *franchisee*. Melalui bukti-bukti yang diperoleh berdasarkan pengalaman tiga mantan *franchisee* dari AYRFG, pihak Penggugat beranggapan bahwa praktik tersebut memang bersifat sistemik. Pihak Penggugat menyatakan bahwa apabila sengketa ini tidak dibawa ke pengadilan untuk diselesaikan secara publik, maka praktik waralaba AYRFG yang salah akan tetap berlanjut dan menimbulkan kerugian bagi publik.

Disini pihak Penggugat mencoba untuk meyakinkan pihak pengadilan bahwa terdapat kepentingan publik yang harus diperhatikan dalam mengenyampingkan klausul arbitrase serta menggunakan forum penyelesaian sengketa yang tidak memiliki asas kerahasiaan, yakni jalur pengadilan. Dalam mendukung argumen nya, kuasa hukum Penggugat memberikan acuan kepada kasus-kasus yang berkaitan dengan permasalahan asas kerahasiaan yang berhadapan dengan kepentingan publik. Kasus-kasus tersebut antara lain: *Initial Services Ltd v Putteriil* [1968]; *Fraser v Evans* [1969] 1 QB 349; *Hubbard v Vosper* [1972] 2 QB 84; *Church of Scientology v Kaufman* [1973] RPC 635;

Malone v Commissioner of Police of the Metropolis (No 2) [1979] 2 All ER 620; *Attorney-General for the United Kingdom v Wellington Newspapers Ltd* [1988] 1 NZLR 129; dan *B v Auckland District Law Society* (HC Auck M1539SD99, 6 July 2000, Paterson J).

Putusan oleh High Court of Auckland

Pada akhirnya, *High Court of Auckland* memilih untuk mengabaikan gugatan kasus tersebut agar dapat diselesaikan melalui jalur arbitrase. Pihak *High Court of Auckland* menerima argumen pihak Penggugat yang menyatakan terdapat pertimbangan kepentingan publik yang harus diperhatikan, akan tetapi perlu diperhatikan bahwa pertimbangan tersebut haruslah dihadapkan juga dengan klausul penyelesaian sengketa yang dimiliki oleh para pihak.

4.3.2. Analisis Kasus

Dalam memberikan putusan atas kasus ini, pihak *High Court of Auckland* mempertimbangkan berbagai permasalahan di dalamnya, antara lain permasalahan kompetensi pengadilan dalam menyelesaikan sengketa ini, hukum substantif yang dilanggar, dsb. Namun dalam menganalisis putusan kasus ini, Penulis akan berpusat pada permasalahan asas kerahasiaan yang terdapat di dalamnya. Permasalahan asas kerahasiaan dalam kasus ini timbul dari argumen Sure Care, selaku Penggugat, yang menyatakan bahwa pertimbangan kepentingan publik menyebabkan pihak pengadilan harus mengenyampingkan klausul arbitrase yang terdapat dalam kontrak waralaba mereka dengan pihak AYRFG, selaku Tergugat. Dalam menyampaikan argumen nya, Penggugat memberikan referensi kasus-kasus, yang berkaitan tentang asas kerahasiaan berhadapan dengan kepentingan publik, kepada pihak pengadilan.

Untuk memahami ada atau tidaknya asas kerahasiaan yang terdapat dalam kasus ini, pertama-tama harus diketahui *procedural law* apa yang digunakan dalam kasus ini. *Procedural law* yang berlaku dalam kasus ini adalah *New Zealand Arbitration Act 1996*. Hal ini berdasarkan klausul penyelesaian sengketa

yang dimiliki oleh para pihak, pada *Clause 24.3* dari kontrak waralaba antara Sure Care dan AYRFG yang menyatakan bahwa: “...*issue to arbitration in accordance with the Arbitration Act 1996.*” Dalam *New Zealand Arbitration Act 1996* terdapat pengaturan tentang asas kerahasiaan, yaitu pada *Sections 14*. Oleh karena itu, terdapat asas kerahasiaan dalam tata cara proses persidangan arbitrase yang dipilih oleh para pihak dalam kasus ini.

Dalam memberikan argumen bahwa kepentingan publik menyebabkan klausul arbitrase tidak dapat beroperasi, Penggugat menyertakan beberapa kasus tentang asas kerahasiaan yang berhadapan dengan kepentingan publik, untuk mendukung argumen nya. Hal ini membuktikan bahwa Penggugat berusaha mengaitkan keadaan dimana asas kerahasiaan yang berhadapan dengan kepentingan publik, dapat menjadi pembenaran untuk menyelesaikan sengketa mereka melalui jalur pengadilan. Pada *Section 14E of New Zealand Arbitration Act 1996*²³⁶, dinyatakan bahwa untuk membocorkan suatu perkara yang terlindungi oleh asas kerahasiaan dapat dilakukan apabila terdapat pertimbangan lain yang membuat tindakan pembocoran informasi menjadi sesuatu yang beralasan dan dibutuhkan, termasuk salah satunya yaitu pertimbangan kepentingan publik. Hal ini yang, mungkin, menjadi alasan mengapa Penggugat memberikan beberapa kasus, tentang asas kerahasiaan yang berhadapan dengan kepentingan publik, untuk mendukung argumen nya.

Dalam putusannya, *AJ Abbott*, hakim yang memutus perkara ini, memberikan beberapa poin penting yang dapat diambil dari kasus-kasus yang disertakan oleh pihak Penggugat, yakni:²³⁷

²³⁶ *Section 14E (2)(a) of New Zealand Arbitration Act (2007 Amendment): “The High Court may make an order under subsection (1) [to disclose any confidential information] only if-- it is satisfied, in the circumstances of the particular case, that the public interest in preserving the confidentiality of arbitral proceedings is outweighed by other considerations that render it desirable in the public interest for the confidential information to be disclosed...”*

²³⁷ *Sure Care Services v. At Your Request Franchise Group*, CIV-2008-404-005112, High Court of Auckland (Jul. 31, 2009).

- (a) Kepentingan publik dapat menjadi pengecualian atas pelanggaran asas kerahasiaan. Akan tetapi hal tersebut haruslah didasarkan pada sebab yang beralasan: *Fraser v. Evans*;
- (b) Salah satu sebab yang beralasan adalah pengecualian atas kepentingan publik dapat digunakan apabila memang terdapat keharusan untuk membuka suatu informasi kepada pihak lain: *Initial Services Ltd v. Putterill*;
- (c) Pihak lain yang dapat mengakses informasi tersebut haruslah pihak-pihak yang memang memiliki kepentingan atas akses informasi tersebut (contoh: membeberkan masalah kriminal kepada pihak kepolisian). Meskipun begitu, terdapat keadaan-keadaan tertentu yang dapat membenarkan pembeberan informasi yang lebih luas, seperti pada media: *Initial Services Ltd v. Putterill*, *Malone v. Commissioner of Police*;
- (d) Dalam hal ini, pihak pengadilan haruslah mengambil keputusan yang memperhatikan kepentingan publik untuk mempertahankan asas kerahasiaan, sesuatu yang sudah diperjanjikan dalam perjanjian, di satu sisi, serta kepentingan publik untuk membenarkan mengecualikan asas kerahasiaan, di sisi lain; *B v. Auckland District Law Society*.

AJ Abbott berpendapat bahwa permasalahan yang terdapat dalam kasus ini tidak semata-mata berkenaan dengan pelanggaran asas kerahasiaan, tetapi lebih kepada menjalankan klausul penyelesaian sengketa yang dimiliki oleh para pihak. Meskipun begitu, Beliau menganggap poin-poin yang terdapat dalam kasus-kasus tersebut berguna dalam menganalisis kasus yang sedang ia tangani. Dalam putusan yang dikeluarkan atas kasus ini, Beliau menyatakan: *“I am not persuaded that the cases cited by Mr. Grant are directly on point. In this case the claim is not for breach of confidence per se but rather to enforce an agreement to resolve*

the disputes by arbitration rather than litigation. Nevertheless, they (Plaintiffs) provide a useful basis for analysis."²³⁸

Melalui kasus-kasus tersebut, dapat dilihat bahwa hal utama yang harus diperhatikan adalah pada poin (d), dimana harus terdapat keseimbangan antara kepentingan publik atas apa yang sudah diperjanjikan, dengan kepentingan publik untuk mengecualikan perjanjian tersebut. Dalam hal ini, Penulis memiliki pendapat yang sama dengan *Associate Judge Abbott*, hakim yang mengadili perkara ini di *High Court of Auckland*, dimana Beliau menaruh perhatian lebih besar pada kepentingan publik untuk mempertahankan apa yang sudah diperjanjikan oleh para pihak dalam kontrak waralaba, yaitu penyelesaian melalui jalur arbitrase. *HJ Abbott* menyatakan dalam putusannya:

*"I accept that arbitration agreements and confidentiality clauses are regularly used in commercial contracts. There is a proper commercial rationale for them. Considerable weight needs to be put on the parties' agreement to resolve their disputes in a particular way."*²³⁹

Dari pernyataan tersebut dapat dilihat bagaimana perhatian lebih diberikan untuk persetujuan yang telah dituangkan oleh para pihak dalam klausul penyelesaian sengketa mereka, termasuk di dalamnya pemilihan forum penyelesaian sengketa melalui arbitrase yang memiliki asas kerahasiaan.

HJ Abbott tidak mengabaikan fakta bahwa apabila memang gugatan Penggugat terbukti, terdapat kepentingan publik yang akan dipertaruhkan disini, yang mungkin membutuhkan pembukaan informasi kepada publik. Akan tetapi hal tersebut masih belum terbukti untuk saat ini, dan bukan untuk dibuktikan oleh Beliau (pada pengadilan). Beliau beranggapan bahwa permasalahan yang harus diselesaikan dalam pengadilan ini adalah sesuatu yang berkaitan tentang kompetensi pengadilan dalam memutus perkara ini, bukan untuk menyelesaikan sengketa yang terjadi dalam kasus ini. Sesuai dengan klausul arbitrase yang telah disetujui oleh para pihak, maka menurut Beliau, arbitrator lah yang berwenang

²³⁸ *Ibid.*

²³⁹ *Ibid.*

untuk menyelesaikan sengketa ini. Beliau menyatakan dalam putusan: “... *I consider that, at least at this stage (when allegations are unproven), there is no good reason to disclose more generally than to the arbitrator as the person whom the parties agreed would resolve their disputes. I see no reason for these unproven allegations to be disclosed to the public at large.*”²⁴⁰ Oleh karena itu Beliau berpendapat bahwa selama tuduhan-tuduhan Penggugat yang terdapat dalam Gugatan Penggugat masih belum terbukti, maka tidak terdapat alasan untuk membuka permasalahan ini secara luas kepada publik.

Dari kasus ini, dapat dilihat bahwa New Zealand memperhatikan asas kerahasiaan yang terdapat dalam arbitrase yang diadakan di negara tersebut. Melalui pengaturan asas kerahasiaan yang komprehensif dalam *New Zealand Arbitration Act 1996*, pihak pengadilan di New Zealand telah siap untuk mengawasi dan melindungi asas kerahasiaan, asalkan tidak terdapat pertimbangan publik yang mengharuskan suatu informasi untuk dipublikasikan secara luas.

²⁴⁰ *Ibid.*

BAB 5

PENUTUP

5.1. Kesimpulan

Melalui uraian pada bab-bab terdahulu, dapat diambil beberapa kesimpulan sebagai berikut:

1. Salah satu ruang lingkup HPI adalah *Choice of Forum*. Berangkat dari Asas Kebebasan Berkontrak, dalam hal ini para pihak menggunakan kebebasan mereka dalam memilih forum mana yang memiliki kewenangan dalam menyelesaikan sengketa yang mungkin timbul di antara mereka. Ketika para pihak telah menentukan bahwa mereka akan menggunakan arbitrase sebagai pilihan forum penyelesaian sengketa, tentunya permasalahan prosedural pelaksanaan proses persidangan arbitrase akan ditentukan oleh pilihan hukum prosedural mereka. Dalam hal para pihak telah menentukan *procedural law* yang akan mereka gunakan dalam perjanjian arbitrase mereka, maka keseluruhan pengaturan hukum acara yang terdapat di dalamnya haruslah dipatuhi selama proses persidangan arbitrase berlangsung. Hal tersebut membuat, apabila memang ada, pengaturan asas kerahasiaan yang terdapat dalam peraturan institusi arbitrase, ataupun peraturan prosedural arbitrase yang telah dirancang oleh para pihak (dalam arbitrase ad-hoc), haruslah dipatuhi oleh para pihak. Oleh karena itu cakupan dan batasan dari asas kerahasiaan yang harus ditaati akan bergantung pada pengaturan yang terdapat dalam peraturan institusi arbitrase yang telah dipilih ataupun yang dirancang oleh para pihak.
2. Sebelum membahas batasan dan cakupan asas kerahasiaan, Penulis menjabarkan perbedaan antara asas tertutup (*privacy*) dalam arbitrase, dengan asas kerahasiaan (*confidentiality*) dalam arbitrase. Meskipun kedua hal tersebut seringkali dianggap sebagai sesuatu yang sama, akan tetapi sebenarnya kedua hal tersebut berbeda. *Privacy* adalah sifat tertutup yang berkaitan dengan siapa saja yang dapat hadir dalam proses pemeriksaan

arbitrase. Sedangkan *confidentiality* atau asas kerahasiaan merupakan asas kerahasiaan yang berkaitan dengan kewajiban para pihak yang hadir dalam proses pemeriksaan arbitrase untuk tidak membocorkan informasi yang terdapat dalam proses persidangan arbitrase. Terdapat beberapa sumber hukum asas kerahasiaan, antar lain peraturan institusi arbitrase, hukum arbitrase nasional, perjanjian tertulis di antara para pihak, serta asas kerahasiaan sebagai asas tersirat dalam setiap perjanjian arbitrase. Permasalahan mengenai cakupan dan batasan asas kerahasiaan meliputi objek-objek apa saja yang dilindungi oleh asas kerahasiaan, subjek-subjek mana saja yang terikat dengan kewajiban untuk menjaga asas kerahasiaan, pengecualian atas asas kerahasiaan yang berlaku, serta sanksi atas pelanggaran asas kerahasiaan yang terjadi. Objek-objek yang mungkin dilindungi oleh Asas Kerahasiaan meliputi fakta keberadaan arbitrase, dokumen dan barang bukti, keterangan saksi dan saksi ahli, rahasia dagang, transkrip dan catatan pemeriksaan arbitrase, pertimbangan pengambilan putusan arbitrase oleh Majelis Arbitrator, serta putusan arbitrase. Sedangkan untuk subjek-subjek yang mungkin terikat dengan kewajiban untuk menjaga asas kerahasiaan antara lain para pihak yang bersengketa, Majelis Arbitrator, kuasa hukum dari para pihak, institusi arbitrase, serta pihak ketiga (saksi, saksi ahli, *confidentiality advisor*). Keberadaan asas kerahasiaan tidaklah bersifat absolut, dimana terdapat beberapa keadaan yang mengakibatkan pengecualian terhadap asas kerahasiaan haruslah digunakan. Pengecualian tersebut dapat berupa pengecualian berdasarkan kesepakatan, kepentingan publik, *interests of justice*, maupun berdasarkan peraturan perundang-undangan. Terdapat beberapa sanksi yang dapat dijatuhkan bagi pihak yang melanggar asas kerahasiaan, yakni *non-monetary remedies*, yang umumnya berupa *provisional measures*, dan *monetary remedies*, yang merupakan kompensasi atas kerugian yang diderita oleh pihak yang dirugikan akibat pelanggaran atas asas kerahasiaan. Melalui contoh-contoh yang diberikan oleh Penulis, dapat dilihat bahwa pembahasan pendekatan terhadap asas kerahasiaan yang diambil oleh badan arbitrase, serta negara, melalui undang-undang arbitrase nasional dan badan peradilan, tidaklah seragam dan berbeda-beda satu sama lain.

3. Dalam skripsi ini, Penulis menganalisis tiga kasus, yakni kasus *AMCO Asia Corp; Pan American Development Limited; PT AMCO Indonesia v. Republik Indonesia, Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania*, dan *Sure Care Services Ltd and others v. At Your Request Franchise Group Ltd and others*. Kasus AMCO dan Biwater merupakan dua kasus yang diselenggarakan di ICSID, sedangkan kasus Sure Care merupakan kasus yang diadakan berdasarkan *New Zealand Arbitration Act 1996*. Melalui kasus AMCO, dapat dilihat bahwa ICSID menganut aliran asas kerahasiaan yang condong kepada transparansi informasi. Dalam kasus tersebut dinyatakan bahwa ICSID tidak melarang para pihak untuk membahas para pihak yang bersengketa untuk membahas sengketa mereka di publik. Kemudian melalui kasus Biwater, kita dapat melihat bahwa meskipun ICSID menganut aliran asas kerahasiaan yang condong kepada transparansi, akan tetapi masih terdapat material-material yang tidak dapat dibebaskan secara bebas oleh para pihak. Adapun material-material yang tidak dapat dibebaskan merupakan material-material, yang apabila terbuka di publik, dapat menghambat kelancaran jalannya proses persidangan arbitrase. Hal ini menandakan bahwa arbitrase ICSID masih menghargai asas kerahasiaan, meskipun hanya dalam tingkat tertentu. Sedangkan untuk hukum arbitrase nasional, melalui Kasus Sure Care yang telah dianalisis oleh Penulis, dapat dilihat bagaimana New Zealand menghargai asas kerahasiaan dalam arbitrase yang terdapat di negaranya, melalui pengaturan yang terdapat dalam *New Zealand Arbitration Act 1996*, maupun putusan badan peradilan yang terdapat di sana. Dalam kasus tersebut, Hakim dari *High Court of Auckland* yang mengadili sengketa tersebut menganggap bahwa asas kerahasiaan yang terdapat dalam perjanjian arbitrase haruslah diperhatikan dan hanya dapat dikecualikan apabila terdapat kepentingan publik.

5.2. Saran

Bagi para pihak pengguna arbitrase yang memiliki perhatian khusus terhadap asas kerahasiaan yang terdapat dalam arbitrase mereka, Penulis memiliki saran sebagai berikut:

1. Dalam menentukan peraturan institusi arbitrase yang akan digunakan dalam arbitrase mereka, para pihak harus memahami terlebih dahulu bagaimana pengaturan asas kerahasiaan yang terdapat di dalamnya. Melalui pemahaman tersebut para pihak yang bersengketa dapat menilai apakah batasan dan cakupan asas kerahasiaan, yang terdapat di dalam peraturan yang mereka pilih, telah sesuai dengan kebutuhan para pihak.
2. Apabila para pihak menginginkan pengaturan tentang asas kerahasiaan yang cukup komprehensif, para pihak dapat mengadopsi *confidentiality clause model* ke dalam perjanjian arbitrase mereka, ataupun merancang sendiri pengaturan mengenai asas kerahasiaan dalam arbitrase mereka. Pengaturan tersebut haruslah menjabarkan ruang lingkup, batasan, waktu keberlakuan, pengecualian, serta sanksi atas pelanggaran, dari asas kerahasiaan.

DAFTAR PUSTAKA

BUKU

- Bernstein, Ronald, *Handbook of Arbitration Practice*, (London: Sweet & Maxwell, 1987)
- Born, Gary B., *International Commercial Arbitration*, (Hague: Kluwer Law International, 2009)
- Buhring, Christian – Uhle, *Arbitration and Mediation in International Business*, (Hague, Kluwer Law International: 1996)
- David F. Herr, *Annotated Manual for Complex Litigation 4th ed.*, (Thompson West, 2005)
- Dedi Soemardi, *Pengantar Hukum Indonesia cet. 4*, (Jakarta: IND-HILL-CO, 2003)
- Eman Suparman, *Pilihan Forum Arbitrase dalam Sengketa Komersial untuk Penegakan Keadilan*, (Bandung: Graha Cipta, 2004)
- Gaillard, Emmanuel and John Savage, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, (Hague: Kluwer Law International, 1999)
- Gautama, Sudrago, *Hukum Perdata Internasional Hukum yang Hidup*, (Bandung: Alumni, 1983)
- _____, *Arbitrase Dagang Internasional*, (Bandung: Alumni, 1986)
- _____, *Pengantar Hukum Perdata Internasional Indonesia*, (Bandung: Binacipta, 1987)
- _____, *Undang-Undang Arbitrase Baru 1999*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1999)
- _____, *Hukum Perdata Internasional Indonesia Jilid III Bagian 2 Buku ke-8, ed. 1 cet. 6*, (Bandung: Alumni, 2007)
- Goodpaster, Gary, “Tinjauan Terhadap Arbitrase Dagang Secara Umum dan Arbitrase Dagang di Indonesia;” dalam Felix O. Soebagjo & Erman Rajagukguk (eds), *Arbitrase di Indonesia*, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 1995)

- Hale, Sandra Beatrice, *The Discourse of Court Interpreting: Discourse Practices of the Law, the Witness and the Interpreter*, (John Benjamins Publishing: 2004)
- Harahap, Yahya, *Arbitrase Ditinjau dari: Rv, BANI Rules, ICSID, UNCITRAL Arb. Rules, NY Convention, PERMA 1 Th. 1990*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2001)
- Huber, Peter and Alastair Mullis, *The CISG; A New Textbook for Students and Practicioners*, (Germany: Sellier. European Law Publishers, 2007)
- Lew, Julian D.M., *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, (Oceana Publication Inc., 1978)
- Lew, Julian D.M., et.al., *Comparative International Commercial Arbitration*, (Hague: Kluwer Law International, 2003)
- Mamudji, Sri et al., *Metode Penelitian dan Penulisan Hukum*, (Depok: Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2005)
- Noussia, Kyriaki, *Confidentiality in International Commercial Arbitration: A Comparative Analysis of the Position under English, US, German and French Law*, (Hamburg: Springer, 2009)
- Redfern, Alan and Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration 4th ed.*, (London: Sweet & Maxwell, 2004)
- Sammartino, Mauro Rubinho, *International Arbitration Law and Practice*, The (Hague: Kluwer Law International, 2001)
- Sc, Quentin Loh Sze On & Edwin Lee Peng Khoon, *Confidentiality in Arbitration: How Far Does it Extend?*, (Singapura: Singapore Academy Publishing, 2007)
- Smeureanu, Ileana M., *Confidentiality in International Commercial Arbitration*, (Hague: Kluwer Law International, 2011)
- Smit, Hans, *WIPO Arbitration Rules, Commentary and Analysis*, (New York: Juris Publishing, 2000)
- Starke, J.G., *Introduction to International Law, 9th ed.*, (London: Butterworth, 1984)
- Subekti, R., *Arbitrase Perdagangan*, (Bandung: Binacipta, 1981)

JURNAL, ARTIKEL DAN MAJALAH

“*Report of the Secretary-General on Possible Features of a Model Law in International Commercial Arbitration*”, UN Doc. A.CN.9/207, para. 17, XII Year Book of UNCITRAL

Adolf, Huala, *Konvensi Den Haag 2005 mengenai Perjanjian Pilihan Forum*.

Alexiev, Assen, Bulgaria (2010) dalam Jan Paulsson (ed.), *International Handbook on Commercial Arbitration Vol. 61*, Kluwer Law International, 2010

Antonias Dimolista, *Institutional Rules and National Regimes Relating to the Obligation of Confidentiality on Parties in Arbitration in Confidentiality in Arbitration*, ICC IC Arb Bull., Special Supplement, 2009

Brown, Alexis, *Presumption Meets Reality: An Exploration of the Confidentiality Obligation in International Commercial Arbitration*, 2001.

Burk, Kevin S., “*A Court and a Judiciary That Is as Good as Its Promise*”, Court Review, Summer 2003.

Derains, Yves, *Evidence and Confidentiality*, ICC IC Arb Bull., Special Supplement, 2009

Dessemontet, Francois, *Arbitration and Confidentiality*

Fortier, L Yves, *The Occasionally Unwarranted Assumption of Confidentiality*, 15-2 Arb. Int’l 131, 1999

Fouchard Phillipe, J-CI, Droit International, fasc. 586-7-3

Gearing , Matthew, and Autumn Ellis, *Reforming ICSID*, 20-1 Mealey’s Int’l Arb. Rep. 14, 2005

Kouris, Steven, *Confidentiality: Is International Arbitration Losing One of Its Major Benefits?*, 22J. Int’l Arb. 127, 2005

M., Collins, *Privacy and Confidentiality in Arbitral Proceedings*, Arb Int’l 11(3), 1995

Rajski, Jerzy, *Arbitration in Central and Eastern Europe*, 2 Int’l Arb. L. Rev. 47, 1999

S.C., Michael Hwang (ed) , Michael Hwang S. & Katie Chung, "Defining the Indefinable: Practical Problems of Confidentiality in Arbitration", Kluwer's Journal of International Arbitration 26(5), 2009

Smit, Hans, *Breach of Confidentiality as a Ground for Avoidance of the Arbitration Agreement*, 11 Am. Rev. Int'l Arb. 576.

Tayar, Benjamin H., *Confidentiality in ICSID Arbitration after AMCO Asia Corp. v. Indonesia: Watchword or White Elephant*, Fordham International Law Journal Vol. 10 Issue 1, 1986

Trackman, Leon E., *Confidentiality in International Commercial Arbitration*, 18-1 Arb. Int'l 1-18, 2002.

KASUS-KASUS

Ali Shipping Corp. v. Shipyard Trogir (1998) 1 Lloyd's Rep. 643

Amco Asia Corp., US and others v. Republic of Indonesia (Decision of December 9, 1983), A.J. van den Berg (ed.), 11 Y.B. Com. Arb. 159 (1986).

Biwater Gauff Tanzania Ltd. v. United Republic of Tanzania, ICSID Case ARB/05/ 22, Procedural Order No. 3, September 29, 2006.

Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd. v. A.L. Trade Finance Inc., Judgment of October 27, 2000, Swedish Supreme Court

Commonwealth of Australia v. Cockatoo Dockyard Pty. Limited [1995] NSWSC 97.

Department of Economic Policy & Development of the City of Moscow (DEPD) v Bankers Trust Co. [2003] EWH C 1337

Dolling-Baker v. Merrett, 1 W.L.R. 1205

Emmott v Michael Wilson & Partners Ltd [2008] EWCA Civ 184

Esso Australia Resources Ltd v Minister for Energy and Minerals (1995) 128 ALR 391

Hassneh Ins. Co. of Israel v Mew, 2 Lloyd's Rep. 243

Insurance Co v Lloyd's Syndicate [1995] 1 Lloyd's Re p. 272

Sure Care Services v. At Your Request Franchise Group, CIV-2008-404-005112,
High Court of Auckland (Jul. 31, 2009).

Trade Finance Inc v Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd Case No Y 1092-9 8,
SVEA Court of Appeal

United States v. Panhandle Eastern Corp., 118 F. R.D. 346 (D. Del. 1 988)

KONVENSI, PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN, DAN INSTRUMEN HUKUM

Arbitration Rules of the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of
Commerce (SCC Rules), 2010

Australian Centre of International Commercial Arbitration (ACICA) Rules, 2005

Chamber of National and International Arbitration of Milan (CAM) Arbitration
Rules, 2010

China International Economic Trade Arbitration Commission (CIETAC) Rules,
1995

Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. (DIS) Arbitration Rules, 1998

Dubai International Arbitration Centre (DIAC) Arbitration Rules, 2007

Hindia Belanda, Reglement op de Burgerlijke Rechtvordering (RV)

ICSID Administrative and Financial Regulations, 2003

ICSID Convention, 2006

ICSID Rules of Procedure for Arbitration Proceedings (Arbitration Rules), 2003

International Bar Association (IBA) Guidelines on Conflicts of Interest in
International Arbitration, 2004

International Chamber of Commerce (ICC) Arbitration Rules, 2012

London Court of International Arbitration (LCIA) Arbitration Rules, 1998

New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral
Awards, 1958

New Zealand Arbitration Act 1996 (as amended in 2011)

Norwegian Arbitration Act of May 14, 2004

Peraturan Prosedur Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI Rules)

Peruvian Legislative Decree No. 1071 of 2008.

Republik Indonesia, Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa; L.N. Tahun 1999 Nomor 138; T.L.N 3872.

Romanian Code of Civil Procedure (Book IV, On Arbitration) (as amended in 2011).

Rules for Arbitration of the Kuala Lumpur Regional Center of Arbitration (KLRCA), 2010

Singapore International Arbitration Centre (SIAC) International Arbitration Rules, 2010

Spanish Law No. 60/2003 on Arbitration

World Intellectual Property Organization (WIPO) Arbitration and Mediation Rules

MAKALAH, TESIS, SKRIPSI, DAN DISERTASI

Heider, Manfred “*Future Work In The Field of Arbitration: Confidentiality of Information in Arbitral Proceedings; Raising Claims in Arbitral Proceedings for the Purpose of Set Off*”, makalah disampaikan pada UNCITRAL and VIAC Conference “20 Years of UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, Vienna, Maret 2005.

International Law Association, Resolution No. 1/120 International Commercial Arbitration, The 74th Conference of International Law Association, Hague, Netherlands,

Makalah dalam *International Law Association; The Hague Conference : Confidentiality on International Commercial Arbitration*, 2010.

Sulistiyono, Adi, *Mengembangkan Paradigma Penyelesaian Sengketa Non-Litigasi dalam Rangka Pendayagunaan Alternatif Pendayagunaan Alternatif Penyelesaian Sengketa Bisnis/Hak Kekayaan Intelektual*; Disertrasi, (Semarang: PDIH, 2002)

SUMBER INTERNET

A., Robb, *Confidentiality and Arbitration*, 2004, diakses di http://www.39essex.co.uk/index.php?art_id=228

American Institute of Certified Public Accountant (AICPA) Code of Conduct , diakses di <http://www.aicpa.org/Research/Standards/CodeofConduct/Pages/et300.aspx#et301.01>.

Arbitration Committee of International Bar Association's Legal Practice Division, "IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration 2010", diakses di <http://tinyurl.com/iba-Arbitration-Guidelines.pdf>.

Biwater Gauff Tanzania Ltd. v. United Republic of Tanzania, ICSID Case no. ARB/05/22, Procedural Order No. 3, diakses di http://www.worldbank.org/icsid/cases/arb0522_procedural_order3.pdf.

Fraser, David, *Confidentiality in Arbitration*, diakses di http://www.bakerinfo.com/Publications/Documents/756_tx.htm.

Kinnear, Meg *Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement*, makalah disampaikan pada simposium "*Making the Most of International Investment Agreement: A Common Agenda*" yang diselenggarakan oleh ICSID, OECD, dan UNCTAD di Paris, 12 Desember 2005, diakses di <http://www.oecd.org/dataoecd/6/25/269796>

Lovells Client Note", *Disclosure of Documents in Arbitrations Proceedings*, diakses di <http://www.lovells.com/NR/rdonlyres/560FB8A2-C8CD-47D5-AC34FE8B42BFE9A9/0/5754D3Disclosureofdocs.pdf>.

MD, Goldhaber, *Sneak peek: an inside look at more than 100 major disputes from the secret world of arbitration*, Focus Europe, 2005, diakses di <http://www.americanlawyer.com/focuseurope/score-card0605.html>

O, Rabinovitch-Einy, *Going public: diminishing privacy in dispute resolution in the internet age*. Va J L Tech 7(4): 1-26, 2002, hal. 9, diakses di http://www.vjolt.net/vol7/issue2/v7i2_a04-Rabinovitch-E

United Nations Conference on Trade and Development; Dispute Settlement: 5.1 International Commercial Arbitration oleh Mr. Eric E. Bergsten, diakses di <http://www.unctad.org/EDM/Misc.232/add.38>.

WAWANCARA

Wawancara Pribadi dengan Iswahjudi A. Karim, 12 Juli 2012.



DECISION ON REQUEST FOR PROVISIONAL MEASURES**9 DECEMBER 1983**

(1) On September 30, 1983, the Republic of Indonesia (“the Respondent”) filed with the Tribunal a Request for Recommendation of Provisional Measures, concluded by a Submission which reads as follows:

May it please the Tribunal to recommend as a provisional measure pursuant to Article 47 of the ICSID Convention:

That claimants take no action of any kind which might aggravate or extend the dispute submitted to the Tribunal, and in particular that they abstain from promoting, stimulating, or instigating the publication of propaganda presenting their case selectively outside this Tribunal or otherwise calculated to discourage foreign investment in Indonesia.

In fact, the Respondent contends that such provisional measures would be justified by an article published on the front page of a Hong Kong newspaper, *The Business Standard*, on June 27, 1983. According to the Respondent, said article, which relates several statements attributed to Mr. T. K. Tan, “the controlling shareholder of Claimants”, about the alleged nationalization of the Kartika Plaza Hotel, the procedure in the Jakarta Courts and the request for arbitration filed with the ICSID:

recounted a one-sided version of the Claimant’s story in tones designed to be detrimental to international perceptions of the climate for foreign investment in Indonesia.

While admitting that “the publication of a single article in a journal of such limited circulation hardly could amount to more than a nuisance”, Respondent contends further that “it could lead to serious exacerbation of the dispute between the parties and irreparable harm to the economy of Indonesia”.

In Law, Respondent relies on Article 47 of the Convention on the Settlement of Investment Disputes, which enables the Tribunal to “recommend any provisional measures which should be taken to preserve the respective rights of either party”.

Furthermore, Respondent contends that “Claimant’s action is inconsistent with Claimant’s acceptance of ICSID arbitration ‘to the exclusion of any other remedy’ under Article 26’ (of the Convention) “and with the requirement of good faith which inheres in all international proceedings and certainly envelops the parties to an arbitration before the Centre”.

“Finally”, Respondent alleges, “Claimants’ actions are incompatible with the spirit of confidentiality which imbues these international arbitral proceedings”, relying in this respect on several provisions of the Convention (Article 48(5)) and of the Arbitration Rules (namely Rules 48(4), 37(2), 6(2), 15 and 31 (2)).

(2) On October 28, 1983, Claimants filed a Reply to this Request, of which the conclusions reads as follows:

The Tribunal should refrain from adopting a provisional measure such as requested here, which is not needed, conflicts with the provisions of the Rules, is without precedent, and would be impossible to police.

In fact, Claimants produce three articles, published in Indonesia in 1982 and 1983 that is to say before the publication of the article in the Hong Kong newspaper. Two of these articles are exhibited with partial translation, that show that they contained a description of the case which was not contrary to the one presented by the Respondent in the arbitral procedure.

Furthermore, Claimants allege that the article in *The Business Standard* did no harm to Indonesia, and state that they “bear the country of Indonesia no ill will, have no intention of discouraging foreign investment there, and have no power to do so”.

In law, Claimants contend that “the Convention and Arbitration Rules do not prohibit individual parties from discussing the case and the status of the arbitration, publicly or otherwise”. They stress that Respondent did not specify the “rights to be preserved” by the provisional measure it requests, such as required by Rule 39(1).

Finally, coming back to facts, Claimants point out that the order requested “would be impossible to police”, since numerous people in the Indonesia government and shareholders of Amco Asia and Pan American know about the case.

(3) The Tribunal finds, as admitted by Respondent, that the article published in *The Business Standard* could not have done any actual harm to Indonesia, nor aggravate or exacerbate the legal dispute now put before the Tribunal; moreover, a careful reading of said article shows that the recital it contains is presented as based on Mr. Tan’s supposed statements (however not as an interview), thus not relating facts of which its author warrants the truthfulness. In this respect, it might well be that the descriptions found in the Indonesian articles produced by claimants could have a stronger influence on the perception of the case by the readers.

Furthermore, Claimants rightly point out that Rule 39(1), implementing the very general provision of Article 47 of the Convention, requires the party which solicits a provisional measure to specify the rights that such measure would be purported to preserve. Obviously, the rights to which this provision is relating are the rights in dispute, and no such right could be threatened by the publication of articles like those which are produced by both parties. Moreover, it can not be seriously contended that the article in *The Hong Kong Business Standard* may have whatever influence on Indonesia’s economy.

It might possibly be that a large press campaign could have such an influence. However, even so, it would not be an influence on rights in dispute; and at any event, the unique article produced by the Respondent does not permit to suppose that Claimants are planning such a campaign.

Nor can this article show any bad faith of the Claimants in the arbitral procedure; and obviously, such an article, would it even be proved that it was “promoted” by the Claimants, does not mean that the same rely on any legal remedy other than the ICSID arbitration.

(4) Finally, as to the “spirit of confidentiality” of the arbitral procedure, it is right to say that the Convention and the Rules do not prevent the parties from revealing their case; here again, it should be noticed that the articles published in Indonesia provided the readers with more details on the arbitral procedure than the one published in *The Hong Kong Business Standard*

(5) All these remarks do by no means weaken the good and fair practical rule, according to which both parties to a legal dispute should refrain, in their own interest, to do anything that could aggravate or exacerbate the same, thus rendering its solution possibly more difficult. However, in the circumstances of the case, the Tribunal does not find any symptom of an intention of the one or the other party to take steps that could have such consequences; accordingly, the Tribunal does not deem it appropriate to issue a recommendation to the parties – which, moreover, is not requested by Claimants – such recommendation not seeming to be presently needed.

(6) For the above stated reasons, the Tribunal rejects the Respondent's Request for Recommendation of Provisional Measures.

[Source: This decision is published in full in English in *89 International Law Reports* 402.]

**International Centre for Settlement
of Investment Disputes**

ICSID Case No. ARB/05/22

**BIWATER GAUFF (TANZANIA) LTD.,
CLAIMANT**

v.

**UNITED REPUBLIC OF TANZANIA,
RESPONDENT**

PROCEDURAL ORDER N° 3

Rendered by an Arbitral Tribunal composed of

**Gary BORN, Arbitrator
Toby LANDAU, Arbitrator,
Bernard HANOTIAU, President**

I PROCEDURAL BACKGROUND:

1. On 2 August 2005, the Claimant, Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. (“BGT”) filed a request for arbitration with respect to a dispute with the Respondent, the United Republic of Tanzania (“the UROT”) arising out of a series of alleged breaches by the UROT of its obligations under both international and domestic law concerning foreign investment which, according to BGT, are said to have caused loss to BGT in the region of US\$ 20 to 25 million.
2. On 23 March 2006, a First Session of the Arbitral Tribunal was held in Paris, which dealt with procedural issues and with BGT’s first request for provisional measures. The ICSID Secretariat transmitted the Minutes of this First Session of the Arbitral Tribunal to the parties on 1 June 2006.
3. On 31 March 2006, the Arbitral Tribunal issued Procedural Order N°1 containing its decision on the request for provisional measures.
4. On 23 May 2006, the Arbitral Tribunal issued Procedural Order N°2 dealing with the Parties’ respective requests for production of documents.
5. On 7 July 2006, in accordance with the Tribunal’s directions set out in the minutes of the First Session, BGT filed its Memorial together with exhibits. In a letter accompanying BGT’s Memorial, it drew the Tribunal’s attention to the fact that the UROT would have unilaterally disclosed certain orders made by the Tribunal to an unrelated third party, and that details of them would have appeared on an internet site. BGT alleged that the UROT’s counsels had openly acknowledged that the disclosure was from ‘their side’. In its letter, BGT further informed the Arbitral Tribunal that it sought an express undertaking in order that the Memorial and its attached documents would be treated as confidential. The UROT refused to give its approval to this undertaking. It however agreed that the documents would be treated as confidential on an interim basis pending the Tribunal’s ruling. BGT informed the Arbitral Tribunal that it would file an urgent application to resolve the issue of confidentiality.

6. By letter dated 17 July 2006, BGT filed a request for provisional measures on confidentiality (“the Request”).
7. On 19 July 2006, the ICSID Secretariat acknowledged receipt of Claimant’s request for provisional measures on behalf of the Arbitral Tribunal. It also informed the parties in the same letter that the UROT was invited to submit its comments by August 4, 2006 and that BGT was invited to reply by August 11, 2006. Finally, Respondent would have an opportunity to file its last comments no later than August 18, 2006.
8. The parties filed written submissions pursuant to these directions.
9. On 23 August 2006, BGT submitted some additional remarks on the UROT’s Rejoinder (BGT’s Sur-Reply). Although this submission was not provided for in the calendar, the Arbitral Tribunal accepted the submissions in a letter of 24 August 2006 and granted the UROT three days to respond.
10. On 25 August 2006, the UROT submitted a letter to the Arbitral Tribunal which crossed the Arbitral Tribunal’s letter of 24 August 2006. In its letter, the UROT requested the Arbitral Tribunal to disregard BGT’s pleading on the ground that it was not authorized by the Tribunal’s directions as contained in its letter to the parties dated 19 July 2006. Alternatively, the UROT requested the Arbitral Tribunal to give it the opportunity to respond.
11. On 29 August 2006, the UROT filed its comments on BGT’s Sur-Reply.

II SUMMARY OF THE PARTIES’ POSITIONS:

A - BGT’s Request for Provisional Measures

12. In its Request, BGT asks the Tribunal to order the following measures:

that, for the duration of the arbitration proceedings, the parties refrain from taking any steps which might undermine the procedural integrity, or the orderly working, of the arbitral process and / or which might aggravate or exacerbate the dispute, and in particular that:

- a. the parties undertake to discuss on a case by case basis the publication of all Decisions other than the Award made in the course of the proceedings, with the object of achieving mutual agreement, and if agreement cannot be reached, the parties refer the matter to the Tribunal for decision;
- b. the parties refrain from disclosing to third parties any of the Pleadings;
- c. the parties refrain from disclosing to third parties any of the documents produced in respect of the First Round Disclosure and the Second Round Disclosure; and
- d. the parties refrain from disclosing to third parties any correspondence between the parties and / or the Tribunal exchanged in respect of the arbitral proceedings.

1- Facts leading to BGT's request:

13. BGT alleges that the UROT has made a unilateral disclosure of certain documents produced in these proceedings by publishing them on Internet, on the "Investment Treaty Arbitration" website (<http://ita.law.uvic.ca/>). These documents are the Minutes of the First Session of the Arbitral Tribunal, as well as the Procedural Order N°2 dated 24 May 2006. The UROT has acknowledged being at the origin of such disclosure. In front of the UROT's refusal to undertake not to disclose BGT's Memorial or accompanying exhibits submitted on 7 July 2006, or the 9 files of material disclosed by the Claimant under Procedural Order N°2 (to the exception of certain financial files of BGT), BGT submits a request for provisional measures in order to ensure the confidentiality of the above documents. Counsel for the UROT has agreed however to treat all the above documents as confidential on an interim basis pending the Tribunal's ruling on BGT's application.
14. BGT's considers that the UROT's refusal to provide an undertaking not to disclose certain future categories of documents constitutes a breach of the UROT's

obligations to observe the procedural integrity of the Arbitration Process and the non-aggravation of the dispute.

15. BGT notes that this dispute has already attracted significant public interest, and that it has lead to action being taken by third parties. To support its allegation, BGT gives two examples.
16. The first example concerns an association called World Development Movement (WDM) which has initiated a campaign entitled “*Dirty aid, dirty water. Hands off Tanzania: Stop UK company Biwater’s attempt to sue*”. According to BGT, this campaign has the expressed purpose of bringing about the discontinuation of the present ICSID Proceedings. BGT states that WDM has set up a link on its website to the email address of the Chairman of BGT, Mr. Larry Magor, inviting members of the public to email him directly in an attempt to exert personal pressure on him to discontinue the ICSID proceedings.
17. As second example, BGT addresses some exhibits demonstrating that this Arbitration has been the subject of extensive commentaries in Investment Treaty Newsletters such as the Investment Treaty News bulletin of 4 July 2006.
18. BGT therefore requests the Tribunal to order the requested provisional measures.

2- Legal arguments supporting BGT’s claim:

19. To support its claim, BGT relies on Article 47 of the ICSID Convention and on Article 39(1) of the ICSID Arbitration Rules.
20. Article 47 of the Convention provides:
“Except as the parties otherwise agree, the Tribunal may, if it considers that the circumstances so require, recommend any provisional measures which should be taken to preserve the respective rights of either party.”
21. Rule 39(1) of the Arbitration Rules provides:

“At any time after the institution of the proceeding, a party may request that provisional measures for the preservation of its rights be recommended by the Tribunal. The request shall specify the rights to be preserved, the measures the recommendation of which is requested, and the circumstances that require such measures.”

22. BGT states that tribunals arbitrating disputes under the ICSID Convention and Arbitration Rules have recognized the importance to assure the procedural integrity of the Arbitration Process and the non-aggravation of the dispute, in the context of unilateral disclosure of information / documentation.
23. To support its claim, BGT relies on the following ICSID decisions:
 - Amco Asia Corp & others v. The Republic of Indonesia*, decision on Request for Provisional Measures, 9 December 1983¹;
 - Metalclad v. United Mexican States*²,
 - Loewen Group Inc & Raymond L Loewen v. United States*³.
24. By reference to the above jurisprudence, BGT submits that rights to the maintenance of the procedural integrity of the Arbitration Process and the non-aggravation of the dispute are capable of protection by means of a recommendation of provisional measures under Article 47 of the ICSID Convention. BGT holds that these rights have been breached by the publication of certain documentation and fears that they may be breached in the future by the publication of further categories of documentation.
25. In its argumentation, BGT makes indeed a distinction between various categories of documentation.
26. First, it acknowledges that each party has a right to unilaterally disclose the Award made by the Tribunal. On the other hand, ICSID is entitled to publish the Award only if it has the consent of both parties (ICSID Convention Article 48(5)).

¹ ICSID Case ARB/81/1

² ICSID Case Arb (AF)/97/1

³ ICSID Case Arb (AF)/98/3

However it may publish excerpts of the legal rules applied by the Tribunal without the consent of the parties (ICSID Arbitration Rule 48).

27. BGT alleges that even if recommendations for provisional measures, preliminary decisions on jurisdiction and procedural orders are decisions of the tribunal, they do not constitute awards. Quoting Schreuer (“The ICSID Convention: A Commentary”), BGT notes that such decisions can contain “*extensive discussion of the factual and legal issues in dispute*”. As this is the case, BGT recalls that, at the First Session of the Tribunal on 23 March 2006, it stated that it would consider the disclosure of each such decision on a case by case basis. It was its understanding that both parties had agreed to this. In support of this allegation, BGT further relies on paragraph 19 of the Minutes of the First Session of the Tribunal (Publication of Decisions Relating to the Proceedings and of the Award).
28. Article 19 of the Minutes reads as follows:
“*The parties will consider, on a case by case basis, the publication of other items listed in the Administrative and Financial Regulations 22(2) (b) and (c) and of any other order or decision of the Tribunal.*”
29. The UROT’s disclosure of Procedural Order N°2, setting out the Tribunal’s decision on the detailed disclosure of both parties, was made unilaterally and without any prior or subsequent notification, and in breach of paragraph 19 of the Minutes.
30. BGT further contends that disclosure to third parties of the Minutes of Hearings, of the Parties’ Pleadings, or of the Parties’ Disclosure would breach the right to the procedural integrity of the Arbitration Process.
31. With regard to the Minutes of Hearings, BGT compares Article 32(2) of the old ICSID Arbitration Rules with the same article of the new ICSID Arbitration Rules:
32. Article 32(2) of the old ICSID Arbitration Rules provided as follows:

“The Tribunal shall decide, with the consent of the parties, which other persons besides the parties, their agents, counsel and advocates, witnesses and experts during their testimony, and officers of the Tribunal may attend the hearings.”

33. Article 32(2) of the new ICSID Arbitration Rules reads as follows:
“Unless either party objects, the Tribunal, after consultation with the Secretary-General, may allow other persons, besides the parties, their agents, counsel and advocates, witnesses and experts during their testimony, and officers of the Tribunal, to attend or observe all or part of the hearings, subject to appropriate logistical arrangements. The Tribunal shall for such cases establish procedures for the protection of proprietary or privileged information.”
34. BGT relies on Schreuer’s comments on the old Article 32(2), where the author says that this article *“secures the privacy of the oral procedure before the Tribunal”*. The amendment of Article 32(2) does not affect Schreuer’s description of the purpose of this article. BGT emphasizes the fact that the new Article 32 (2) makes clear that the Tribunal may allow third parties to attend a hearing *“unless either party objects”*, which makes third party attendance still subject to the parties’ consent. It further holds that to permit a unilateral disclosure of the Minutes of the Hearings would render Article 32 (2) redundant in effect, as the entire workings of the Hearing would be exposed to public view while formal privacy would be preserved.
35. BGT further points out that the Arbitration Rules of 1968 contained a provision prohibiting disclosure of the Minutes without consent. This provision was deleted in the revision of the Rules. Quoting Schreuer again, BGT notes that *“[this] deletion...should not be interpreted as indicating that it is now permissible to publish [the minutes] if there is no contrary agreement. The closed nature of the proceedings, as evidenced in particular by Arbitration Rule 32, makes it amply clear that any minutes must be treated with confidentiality.”*
36. With regard to the disclosure of the pleadings and documents produced under Procedural Order N°2, BGT alleges that the parties have not been able to reach an agreement. It considers that the publication of pleadings, and / or the documents

produced as part of the First Round Disclosure exercise, will lead to the aggravation of the dispute between the parties.

37. Because of the nature of some of the intemperate coverage of these proceedings to date, BGT is extremely concerned about potential disclosure to third parties of sections of the Memorial and selected pages from its extensive First Round Disclosure. It draws the Tribunal's attention to the fact that the Memorials contain detailed reference to the facts in dispute, and to the legal submissions made in respect of them. Furthermore, BGT has provided to the UROT numerous confidential documents in the Exhibits, in particular those contained in the nine files of disclosure. BGT fears that the UROT's refusal to guarantee confidentiality to any material demonstrates its wish to disclose selected highlights to third parties as the case progresses. Such disclosure risks aggravating the present proceedings.

3- Necessity and Urgency:

38. BGT considers the requested measures necessary as they go to BGT's ability to rely on the private nature of the oral hearings, and its ability to present its case and accompanying evidence without the threat of increased harassment and interference from third parties, whose object is to mount pressure on BGT to discontinue the ICSID proceedings.
39. BGT alleges that the requested measures are urgent as the UROT has already published the Minutes of the First Session, and Procedural Order No. 2, and is only awaiting the Tribunal's decision on this application before publishing BGT's Memorial, and possibly, the documents produced by BGT in the First Round of Disclosure.

B - The UROT's Answer

40. The UROT replied to BGT's Request on 4 August 2006.
41. As a preliminary comment, after presenting some examples showing that BGT has issued some advertisements and press releases in which it mentioned the present

dispute, the UROT submits that BGT has no compunction about making aggravating “disclosures” relating to the case.

42. The UROT points out that the present proceedings involve claims arising under public international law. Therefore BGT should accept the regime that governs arbitrations under the ICSID Convention and Arbitration Rules, neither of which authorizes the restrictions on transparency sought by the Request.
43. Whereas ICSID provides a limited number of tools with which either party may unilaterally restrict transparency, the UROT considers that BGT does not have the right to demand further restrictions.
44. It also submits that it has no present intention to release BGT’s 7 July 2006 submission but declines to accept additional constraints upon the transparency of the proceeding as a matter of principle. According to the UROT, the Request lacks any legal basis and should be rejected in its entirety.

1- Legal arguments:

45. The UROT states that none of the ICSID cases cited in BGT’s claim restricted the parties’ ability to disclose information about the case. It emphasizes that ICSID cases are marked by a level of transparency which varies completely from the one found in private commercial arbitrations. Orders, decisions, awards, and pleadings from dozens of cases are available on line.
46. In support of its assertion, the UROT gives the example of the *Loewen case*⁴, which was cited by BGT in its Request. It contends that the Tribunal’s decision in that case does not support the Request at all. The Tribunal denied the State Respondent’s request that “*all filings in this matter, not excluding the minutes of proceedings, be treated as open and available to the public...*” on the ground that “*it sought to bring about a situation in which the Tribunal or the Secretariat makes available to the public all filings in this case.*”

⁴ *Loewen Group, Inc. v. United States*, ICSID Case No. ARB (AF)/98/3, Decision on hearing of Respondent’s objection to competence and jurisdiction (5 Jan. 2001), 7 ICSID Rep. 421 (2005)

47. The UROT further notes that not only in *Loewen* but in the two other cases cited in BGT's Request (*Metalclad*⁵ and *Amco*), the Arbitral Tribunals declined to restrict the parties' dissemination of information about the proceedings. The *Loewen* and *Metalclad* Tribunals recognized that minutes "*shall not be published without the consent of the parties*", under the Facility Rules as they then stood. Nonetheless, the three cases rejected contentions that a gag order should be issued on the basis of a "general principle of confidentiality" or "spirit of confidentiality" in ICSID proceedings. The UROT notes that in *Loewen*, the Tribunal explained that imposing such a duty would "*depriv[e] the public of knowledge and information concerning government and public affairs.*"⁶
48. The UROT adds that in 2001, the three NAFTA States issued their first formal Chapter 11 Note of Interpretation, affirming the conclusion of the *Metalclad* and *Loewen* Tribunals that there was no general or residual duty of confidentiality in investment arbitrations under NAFTA Chapter 11. The United States and Canada have now included transparency provisions in their BITs.
49. According to the UROT, there is now in international investment arbitration practice, a considerable greater transparency than when *Metalclad* and *Loewen* were decided. Documents from NAFTA are routinely opened to the public. The UROT cites as example the *Glamis Gold Case*⁷ in which the Decision on Objections to Document Production, the Decision on Parties' Requests for Production of Documents Withheld on Grounds for Privilege and the Claimant's Memorial were published by the U.S. Government. The UROT contends that the measures requested by BGT would be unprecedented as the clear trend in arbitral practice, scholarly commentary, and amendments to the ICSID Arbitration and Additional Facility Rules have been towards more transparency and not greater secrecy.

⁵ *Metalclad Corp. v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB (AF) /97/1, Decision on a request by the Respondent for an order prohibiting the Claimant from revealing information regarding ICSID Case ARB (AF) /97/1 (27 Oct. 1997)

⁶ *Loewen*, at §26

⁷ *Glamis Gold Ltd. v. United States* (UNCITRAL Rules, administered by ICSID), Decision on Objections to Document Production (20 July 2005), Decision on Parties' Requests for Production of Documents Withheld on Grounds for Privilege (17 Nov. 2005), and Claimant's Memorial (5 May 2006)

50. Furthermore, the UROT states that while BGT refers to the concepts of procedural integrity and non-aggravation of the dispute, it does not explain how either is threatened in this case. While BGT complains about the publication of Procedural Order No. 2 and the First Session Minutes, there is no evidence that these disclosures have led to “*increased harassment and interference*”, or to any harm at all to either party. In relation to the example cited by BGT about the World Development Movement which was encouraging its supporters to send e-mails to Mr. Magor, the UROT points out the fact that this campaign started before the Tribunal was even formed, and certainly before the dissemination of Procedural Order No.2 and the First Session Minutes.
51. The UROT contends that BGT fails to explain how the “harassment and interference” it has experienced suggest a threat to procedural integrity or non-aggravation of the dispute. While BGT notes that WDM has asked people to send e-mails to Mr. Magor, it does not say how many e-mails he has received. The UROT further alleges that Mr. Magor has withstood the assault without showing any sign of being inclined to withdraw the case. Furthermore, it emphasizes that whatever pressure has been mounted on BGT to discontinue the proceedings, it is not proved that BGT’s access to justice is under threat. In support of its argument, the UROT quotes Paul D. Friedland, in “Provisional Measures and ICSID Arbitration”⁸ who considers that “[t]he AMCO decision stands for the quite reasonable proposition that, in order to justify provisional measures on the ground of aggravation of the underlying dispute, the conduct at issue must be much more than merely annoying.” The UROT emphasizes that in the present case, the conduct complained of is that of an unrelated third party, not of the UROT. Therefore, the Request is premised on speculation about that third party’s possible future conduct, which is a subject on which the Tribunal has little or no basis for judgment.
52. By way of conclusion, the UROT states that while BGT identified two asserted rights – procedural integrity and non-aggravation of the dispute – it does not provide evidence that either of them has been harmed or threatened with harm. Nor can BGT show that the recommended measures would prevent any theoretical

⁸ 2 Arb. Int’l 335, 336 (1986)

future harm since the third party conduct of which it complains predates the release of Procedural Order No.2 and the First Session Minutes. The ICSID Convention and Rules do not regard the provision of truthful information to the public as harmful to a party's legally protected rights. The UROT contends that if there had to be an exception to this general rule, it could only be in an extraordinary case: this is not established by BGT in the present case.

53. The UROT states further that it has consistently emphasized the importance of transparency. However, it contests that during the First Session of the Tribunal where the subject of transparency was discussed at some length, it has undertaken to keep secret any order or decision unless BGT otherwise consented. The UROT further refutes BGT's allegation that it has violated item 19 of the First Session Minutes. It notes that BGT omits the heading and first paragraph of item 19 which reads as follows:

Publication of the Decisions Relating to the Proceedings and of the Award

Article 48(5) of the Convention; Administrative and Financial Regulation 22

It was agreed that the Centre may publish the item listed in Administrative and Financial Regulation 22(2)(b) (the award), at such time and in such manner as it deems fit.

The parties will consider, on a case by case basis, the publication of other items listed in Administrative and Financial Regulation 22(2)(b) and (c), and of any other order or decision of the Tribunal.

The parties subsequently agreed on the publication of the Tribunal's Procedural Order No.1 of March 31, 2006.

54. The UROT contends that by omitting some parts of item 19 of the Minutes of the First Session, BGT attempts to make plausible an interpretation of the Minutes that is completely at odds with what transpired.
55. It submits that when producing documents in June 2006, both parties requested confidential treatment for certain documents. Both parties have respected those

requests, and the UROT confirms its acceptance that some information remains confidential due to its legal or financial nature. However, it adds that after BGT requested its agreement not to release such materials without its permission in future, the UROT declined, emphasising its consistent position regarding transparency. It only confirmed that it would treat as confidential particular documents when justified.

56. Before 7 July 2006, BGT asked the UROT to agree not to release any of the documents BGT was scheduled to submit on that date. The UROT declined again for the reason previously given and acknowledged that it had no intention at that time of disseminating BGT's memorial or associated documents. The UROT draws the Tribunal's attention to the fact that it has honoured its undertaking not to disclose any of the documents pending the ruling of the Tribunal on BGT's application.

2- Factual arguments:

(a) BGT's Public Relations Activities Outside the Arbitral Process

57. The UROT alleges that BGT has orchestrated an ongoing public relations campaign about the present proceedings. Because of the provocative nature of its public statements, the UROT considers that BGT is not in position to contend that the dissemination of true information about the ICSID Arbitration will harm procedural integrity or aggravate the dispute. In support of its allegation, it refers to BGT's Memorial which suggests that after the collapse of negotiations, at a time that it believed that an agreement might be reached that would leave City Water in place, BGT's public relations firm was already at working on a press campaign against the UROT. At the time of the G8 summit, BGT published an advertisement (reproduced p.7 of the UROT's Answer), entitled "A message to the G8 and Africa, A CLEAN, reliable water supply for all". This advertisement implied that international aid allocated to the Tanzanian project had been "*misappropriate[ed]*" and not "*used for its intended purpose*" in a manner that was not "*clean*". The UROT argues that this did not contribute to the improvement of the relationship between the parties as this

advertisement threatened Tanzania's reputation among international donors and international private investors.

58. The UROT cites as another example some excerpts taken from a press release issued by BGT on 1 December 2005 (reproduced in Annex 2 to the UROT's Answer). In these, Mr. Magor made comments on the case and the underlying dispute which the UROT considers to be misleading, thereby increasing fears of further harm to Tanzania's reputation.

(b) Press Coverage of the Dispute

59. The UROT asserts that BGT is not the only one to have made some comments about the case. The dispute is of interest to a number of audiences such as the Tanzanian public, the UK public, citizens of other developing countries that are considering similar privatizations projects, international development institutions and their many observers and critics, the international water industry; and investment arbitration specialists. According to the UROT, this widespread interest is reflected in press coverage among a variety of media. The UROT provides in Annex 1 to its Answer a sample of such coverage.
60. The UROT agrees with BGT when the latter says that "this dispute has already attracted significant public interest". It notes that the case involves not only the provision of a critical public service in a particular developing country but also larger (and often controversial) questions of international development policy. The UROT emphasizes that the level of public interest underscores two points: the Tanzanian Government's obligation to its citizens to make information about the case available to the greatest extent practicable; and the fact that there was considerable public discussion – and NGO activism – about this case before the Tribunal was even selected, let alone before any of the documents in question was disseminated.

C - BGT's Reply to the UROT's Answer

61. In its Reply dated 11 August 2006, BGT makes two preliminary comments. First, it emphasizes that the gist of the UROT's opposition to BGT's application is that BGT has negative reasons for wanting to restrict the flow of information to external parties. It submits that the Tribunal should not take into account this UROT's allegation. It is not based on evidence but merely on speculation and is indeed wrong.
62. Secondly, BGT recalls that its Request concerns issues of transparency insofar as they affect the fundamental integrity of the present international arbitration proceedings and the non-aggravation of the dispute. The UROT's repeated claim that BGT's Request seeks an unprecedented restriction on transparency in a new age of openness is, according to BGT, "*attacking a straw man*".

1- The Legal Issues:

63. BGT disagrees with the UROT that the ICSID Convention and Arbitration Rules do not authorise the restrictions sought in the Request on the flow of information to external parties. The UROT's argument that investment treaty arbitration is in an age of transparency where information filed in the arbitral proceedings should be readily available to the public oversimplifies and misstates the current position.

(a) The application of Metalclad, Amco and Loewen

64. In its Answer, the UROT emphasized that in the cases cited by BGT in support of its Request, the Arbitral Tribunals refused to grant the particular orders sought. According to BGT, the UROT misses the point as the refusal to grant the orders sought in those cases does not undermine the principle that such relief is available, nor does it mean, as the UROT suggests, that the principle would only be applied in exceptional circumstances. BGT considers that the UROT places too much emphasis on the outcome of those cases without analysing why the tribunals declined to grant the orders sought. There were important differences with the present case.

65. *In Amco*: BGT explains that in this case, Indonesia sought an order to restrain Amco from “*promoting, stimulating, or investigating the publication of propaganda presenting their case selectively outside this tribunal or otherwise calculated to discourage foreign investment in Indonesia*”. Indonesia’s concern was that certain press articles that had been published might damage its economy but the Tribunal was not satisfied on that point. Nonetheless, the Tribunal considered it fitting to reiterate “*the good and fair practical rule*” that the parties should “*refrain, in their own interest, to do anything that could aggravate or exacerbate*” the dispute.
66. *In Metalclad*: in this case, the Government of Mexico sought an order prohibiting the disclosure of any information about the case and an order that any breach would entitle it to request the Tribunal to enforce sanctions. BGT notes that among other reasons, the Tribunal refused to grant the relief sought because the Claimant was a public company trading on a public stock exchange with a duty to provide certain information to shareholders, implying that it could not be precluded from making such public utterances. However, while refusing to grant the request, the Tribunal held that “*it still appears to the Tribunal that it would be of advantage to the orderly unfolding of the arbitral process and conducive to the maintenance of working relations between the Parties if during the proceedings they were both to limit public discussion of the case to a minimum, subject only to any externally imposed obligation of disclosure by which either of them may be legally bound*”.
67. *In Loewen*: BGT notes that in this case, the Tribunal impliedly allowed the United States to make most (but not all) of the filings in the arbitration publicly available, but, according to BGT, the circumstances were unique. First, it arose under NAFTA, which is characterized by a strong policy in favour of transparency, which is not the case in the present proceedings. It also arose out of the conduct of a public trial in the state of Mississippi, following which the Loewen companies requested the Tribunal to assert interlocutory jurisdiction over the United States’ internal mechanism of due process. As *Loewen* involved both a challenge to the mechanism of the judiciary within a State party and arose out of a public affair, it gave rise to an exceptionally compelling public interest. BGT invokes a distinction between *Loewen* and the present case. Even if the dispute between BGT and the UROT arises out of the public expropriation of BGT’s investment, BGT recalls that the

application of the investment treaty in the present case does not involve any challenge to the UROT's mechanisms of popular governance. It adds that in any event, as the *Loewen's* decision on disclosure delivered on 28 September 1999 is not publicly available, it is not possible to know the full reasons for the tribunal's decision.

68. BGT points out that the request raised in those cases or the circumstances surrounding them are different from the present one, and their outcomes do not suggest, as the UROT implies, that BGT must show extraordinary, or unique, circumstances in order to be entitled to the relief sought. Those cases demonstrate that if tribunals do not make orders that are unduly burdensome, they are however concerned to preserve the arbitral process and to maintain a working relationship between the parties conducive to that process.

(b) The trend towards greater transparency

69. To the UROT's assertion that there is a trend towards greater transparency in investment arbitration and that the current practice "*makes documents about and from ICSID proceedings widely and routinely available*", BGT opposes the fact that the UROT does not distinguish between agreed and unilateral disclosure, or between post-award publication (which is routine) and dissemination of information during the pendency of the proceedings.
70. BGT adds that to support its argument in favour of a trend towards greater transparency in investment arbitration, the UROT cites in particular NAFTA cases, but avoids mentioning the differences between the NAFTA and other investment treaties. The UROT fails to point out that the trend in transparency has focused on "*the 'big ticket' items...such as open hearings, the accessibility of awards and amicus participation*"⁹, rather than on the issue whether pleadings, expert reports and supporting documentation prepared for the purposes of the arbitration should be made widely available.

⁹ Meg Kinnear, "*Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement*" (presented on 12 December 2005 at a symposium organized by ICSID, the OECD and UNCTAD), available at <http://www.oecd.org/dataoecd/6/25/36979626.pdf>, at page 10.

71. BGT also notes that the UROT referred at footnote 11 of its submission to an article written by Meg Kinnear. BGT alleges that Meg Kinnear's analysis is more balanced and she notes differences between NAFTA and other tribunals. Ms. Kinnear argues in favour of transparency obligations being incorporated into treaties so "*that all parties know what to expect in advance of the process*". According to BGT, this allegation does not imply that there are such transparency obligations in the applicable investment treaty.

(c) Entitlement of amicus curiae to documents

72. In support of its argumentation, BGT cites the *Aguas Argentinas v. Argentina* case¹⁰ in which five organisations applied to intervene as amicus curiae under the ICSID Arbitration Rules. One of the orders they sought was for "*unrestricted access to the documents of the arbitration, namely the parties' submissions, transcripts of the hearings, statement of witnesses and experts, and any other documents produced in this arbitration*". BGT deduces that if the practice in favour of transparency that the UROT contends for had indeed been established as it suggests, one would have expected the Arbitral Tribunal to have no hesitation in making that order, which it did not. The Tribunal deferred its decision.

(d) Unilateral disclosure encourages robust debate

73. To the argument raised by the UROT that certain subjects arising out of this dispute are legitimate subjects for debate (such as the merits of privatisation, foreign aid, public policy and related political subjects), BGT answers that this may be the case, but that these debates have already been conducted. It adds that it is not necessary for third parties to have access to BGT's Memorial and/or other documents prepared for these proceedings in order for them to engage in this debate.

2- Factual Arguments:

¹⁰ *Aguas Argentinas et al. v. Argentina* in response to a petition for Transparency and Participation as Amicus Curiae, ICSID Case No. ARB/03/19 (19 May 2005).

74. To the argument raised by the UROT that an order allowing indiscriminate access to the procedural documents would have an equal impact on the parties, BGT responds that it is not the reality of the media landscape as most of the commentaries on this matter have been generated by third parties who are against privatisation in general or this privatisation in particular, and for those reasons alone support the UROT's conduct in expropriating City Water. BGT contends that the reality is that third parties may selectively use the information to further their private agenda and BGT would have to monitor and correct published information outside the Tribunal's own fact-finding process. This would create additional expenses for BGT and divert its resources away from dealing with the merits of the dispute. BGT cites as an example the reference at paragraph 4 in the UROT's Response where it challenges the relevance of individual invoices included in the expert report. BGT says that this is the kind of spin that will appeal to the media and could generate confusion rather than clarity about this claim, thus aggravating the dispute. According to BGT, restricted access to the documents in the arbitral proceedings will provide sensible parameters that will help to preserve an even playing field and avoid a situation that will in reality favour one party over the other.
75. BGT also contests as being nonsense the arguments raised by the UROT that BGT's own conduct in hiring a public relations firm and publishing two advertisements should prevent the Tribunal from granting the relief sought.
76. It draws the Arbitral Tribunal's attention to the fact that the two BGT's advertisements produced by the UROT commented generally on facts that were already in the public domain. BGT considers that this omission blurs the fact that UROT is objecting to the same conduct it has engaged in.
77. BGT adds that the conclusion reached by the UROT when it made a textual analysis of the advertisements is forced and is an extreme way for the UROT to characterize BGT's position just because it opposes its own. BGT submits that the potential for squabbling about the tone and content of public commentary will only increase if third parties have the opportunity to access and use selectively material produced in the arbitration.

78. BGT also draws the Tribunal's attention to the fact that it used very moderate language in referring to its dispute with DAWASA and the UROT in the press extract referred to in attachment 1 of the UROT's Response. It invites the Tribunal to read page 33 of this extract. It does not evidence a provocative PR campaign against the UROT as suggested.
79. Finally BGT notes that a recently published article (attached to its Reply) refers to BGT seeking damages of about US\$20 million from the UROT. It submits that as this figure appears to be drawn from its expert report, it wonders how the journalist obtained the information that the UROT is keeping confidential pending the Tribunal's decision.

D - The UROT's Rejoinder

80. On 18 August 2006, the UROT submitted its Response to BGT's Reply.
81. The UROT reaches the conclusion that BGT has not shown any threat to any legitimate right, nor that the measures requested are required at all, nor that they are necessary as a matter of urgency and necessity, nor that it will suffer any prejudice if relief is not granted. Therefore, BGT's request should be denied.
82. The UROT focuses on the two alleged rights claimed to be threatened by BGT: preserving the procedural integrity of the proceedings and preventing the aggravation of the dispute.
83. *Preserving the procedural integrity:* The UROT contends that none of the alleged interests claimed by BGT is threatened in the actual circumstances. There is no evidence that the procedural integrity of the proceeding is in any danger. Neither the Tribunal's functioning, nor due process, nor the equal treatment of the parties is threatened. The UROT adds that there is no evidence that BGT has been or will be inhibited from participating fully in this proceeding.
84. *Non-aggravation of the dispute:* Among the set of alleged interests presented by BGT ("*preservation of the relationship of trust and confidence*" between the

parties; avoiding “*trial by media*”; preserving the parties’ “*working relationship*”; and preventing “*confusion rather than clarity about this claim*” among the public), the UROT declares that some of them are not of a kind that could justify the recommendation of provisional measures – even if they were under threat. Furthermore, according to the UROT, BGT does not show that any of the cited interests is threatened:

-BGT has not suggested that the Tribunal’s ultimate decision will be influenced by media coverage, making “the trial by media” concern moot.

-As for promoting “clarity” rather than “confusion” about BGT’s claim among the public, the availability of information such as in the Procedural Order No. 2 would contribute to the accuracy of the information.

-The parties’ working relationship of trust and confidence is preserved.

85. Finally, the UROT alleges that the release of accurate information has not hindered the conduct of these proceedings, nor is there any indication that it might in the future.

1- Legal Arguments:

86. Referring to the cases cited by BGT, the UROT notes that in the *Amco*, *Metalclad*, and *Loewen* decisions, the Arbitral Tribunals only suggested that there could be circumstances in which it would be appropriate for a tribunal to restrict the parties’ public comment about an ICSID proceeding. However, none of them actually placed any restrictions on the parties before them. Furthermore, the UROT submits that the comments made by the Arbitral Tribunals as to “non-aggravation” in *Amco* and *Metalclad* were expressed in extremely general terms, and none of these comments are binding, or constitute authority for the recommendation of binding provisional measures.
87. The UROT adds that BGT has failed to demonstrate the existence of circumstances that the *Amco*, *Metalclad* or *Loewen* Tribunals would conceivably have found sufficient to justify an order of the kind BGT seeks. BGT notes that in *Amco*, “*Indonesia puts its case on the basis that the press articles were damaging its economy, a fact which could not be made out*”. The UROT alleges that by

comparison to the present case, BGT has not shown here that it has suffered any damage to its business at all, or that the procedural integrity of the proceedings has been impaired, or again that the dispute has been aggravated.

88. To the argument raised by BGT that *Loewen* is not entirely apposite because “*it arose under the NAFTA, which has attracted a strong public policy in favour of transparency, embodied, not least, in the Free Trade Commission’s statement to which the Republic refers*”, the UROT opposes the fact that *Loewen* predates the Free Trade Commission’s statement and the other steps towards transparency taken by the three NAFTA States. *Loewen* (like *Metalclad*) was decided under an old and more restrictive version of the ICSID Additional Facility Rules.
89. Finally, to the suggestion made by BGT that dissemination of information during the proceedings “*is [...] designed to bring pressure to bear on the opposing party*” by opposition to post-award publication, the UROT answers that there is no reason to assume that releasing truthful information during the proceedings is intended or will have the effect of unfairly “pressuring” the other party. It further states that there is no indication that BGT has been subjected to unfair pressure or other prejudice here.

2- Factual Arguments:

90. The UROT alleges that BGT has failed to demonstrate that it has suffered any prejudice from the release of truthful information about the arbitral proceedings. It further adds that BGT is unable to present any evidence that there is a threat to the procedural integrity of the proceedings or to any right to non-aggravation of the dispute. According to the UROT, the kind of prejudice BGT fears cannot support a measure which curtails a sovereign State’s right (and obligation) to inform the public about matters of significant public importance.
91. As to the argument raised by BGT that third parties may use information selectively, and that this will require BGT “to monitor and correct” published information, the UROT expresses doubts that BGT and its public relations consultants are not already monitoring press coverage and NGO activity concerning

the dispute. Furthermore, there is already considerable media comment about this case. According to the UROT, BGT has failed to show that the particular categories of information that it asks the Tribunal to protect have contributed or will contribute disproportionately to inaccurate publications that BGT would have to correct. According to the UROT, none of this has anything to do with procedural integrity of the proceedings or the non-aggravation of the dispute. The prejudice that BGT claims would merely amount to bad publicity.

92. The UROT further contends that BGT and its public relations consultants have been telling the press and the world for a year and a half that there was an expropriation. This is why the UROT believes that transparency will benefit it rather than BGT. It expects these proceedings to demonstrate that BGT's public accusations are baseless and that the UROT did not "*expropriat[e] City Water*".
93. Finally, concerning the allegation made by BGT according to which it might suffer a prejudice from a third-party abuse of information, the UROT replies that this is entirely speculative and that even if this would happen, that is no reason to deprive the UROT of its rights.

E - BGT's Sur-Reply:

94. On 23 August 2006, BGT addressed to the Arbitral Tribunal a further response to the UROT's Rejoinder. In this submission, BGT substantiates its claim on three particular points.
95. First, BGT contests the argument raised by the UROT that the fact that BGT has not yet been harmed proves that there is little risk of harm. It contends that this approach is flawed as BGT seeks preventive relief. It adds that the UROT misinterprets the word "harm" as it gives it an extreme meaning implying BGT withdrawing from the arbitration or the Arbitral Tribunal's ability to decide the case being impaired. Maintaining the procedural integrity of the arbitration is not limited to preventing the proceedings from collapse but extends to structuring it in a way that serves the primary purpose of the arbitration.

96. The second point raised by BGT concerns the reality of the alleged threat of the UROT using documents produced or disclosed in the arbitration. BGT contends that the UROT is not only interested in the release of accurate information in order to “contribute to clarity” as it claims in its Rejoinder. To further substantiate its allegation, BGT cites an article of the Guardian newspaper in Tanzania dated 19 July 2006, entitled “*Dawasa triumphs against City Water*”. This article quoted Nimrod Mkono who is the managing partner of Mkono & Co, and co-counsel in both ICSID and UNCITRAL proceedings. According to BGT, the article was riddled with errors and grossly misrepresented the position, forcing the Guardian to issue a retraction on 24 July 2006 in which Mr. Mkono had to clarify almost every point of the previous publication.
97. BGT asserts that the UROT wants to play the media game and to use its access to BGT’s / City Water’s documents to position itself in the Tanzanian media. It further contends that the procedural integrity of the arbitral process is preserved when the proceedings are structured in a way that serves that purpose and not the collateral purpose of either party’s public relations strategy. According to BGT, its position has always been that full and frank disclosure between the parties is likely to be inhibited if the parties apprehend that their confidential documents are going to end up published on the internet or used selectively.
98. BGT repeats that it is both necessary and urgent that the proceedings be structured to prevent unilateral disclosure. It is urgent because the decision cannot await the outcome of the award on the merits and because until the position is resolved there is a disincentive to producing further documentation in the present proceedings. It is necessary because damages cannot compensate for the relief sought.
99. Finally, BGT draws the Tribunal’s attention to the fact that in earlier exchanges over the release of the Tribunal’s decisions (BGT quotes in particular an e-mail from Mr. Gass of Freshfields Bruckaus Deringer to Mrs. Polasek dated 13 April 2006), the UROT took the view that if BGT did not consent to disclosure of the Tribunal’s decisions, they would not otherwise come into the public domain. At no stage during the proceedings, did the UROT suggest that they felt having the right to release every document produced in the arbitration, as and when they saw fit.

BGT only found about this issue with the publication of the Minutes of the First Session of the Arbitral Tribunal and Procedural Order N°2 on the Investment Treaty Arbitration website.

100. BGT does not accept the UROT's allegation that it was only ever concerned about what documents the Centre, and not itself, could publish. Neither during the discussion at the First Session or in the comments made subsequently on the Draft Minutes, the UROT has taken the view that it was unilaterally entitled to disclose all documents in the proceedings.

F - The UROT's Answer to BGT's Sur-Reply:

101. Following the Arbitral Tribunal's directions issued on 24 August 2006, the UROT filed its comments on BGT's Sur-Reply on 29 August 2006.
102. The UROT contends that BGT's unsolicited Sur-Reply does not bring anything new from BGT's side. It draws the Tribunal's attention to the fact that the Guardian newspaper articles cited by BGT in the Sur-Reply are both dated weeks prior to BGT's Reply submission filed on 11 August 2006. The UROT considers that the Sur-Reply is thus, merely a re-hashing of points that BGT has made before, accompanied by two exhibits that could have been introduced earlier if they were truly significant. Therefore, according to the UROT, nothing justified BGT's unauthorized filing.
103. The UROT addresses the contents of the Sur-Reply in five points.
104. First, it notes that in its last submission, BGT admits (at paragraph 1) that it has suffered no harm from the UROT's disclosure of certain documents from this arbitration. The UROT considers that this concession gives rise to a strong inference that BGT faces no material threat to any legitimate interest and much less a threat necessitating the urgent imposition of interim measures. According to the UROT, BGT's request for interim measures must fail.

105. The second point raised by the UROT concerns the use made by BGT of the word “interest” in support of its claim for interim measures. The UROT contends that BGT has yet to settle on a formulation or give content to the broad concept of “procedural integrity” that it says necessitates the interim measures it seeks. It further emphasizes the fact that BGT’s formulation “*structuring [the proceedings] in a way that serves the primary purpose of the arbitration*” is remarkable for its vagueness and its lack of authority in support of it. According to the UROT, there is no evidence that the “interest” asserted by the BGT is threatened, and it still has failed to provide any evidence in support of its allegation that the Tribunal’s ability to conduct the arbitration has been or will be compromised.
106. Concerning the *Guardian* articles cited by BGT in support of its Sur-Reply, the UROT makes the following comments:
- (i) First, the two articles do not relate to this arbitration but to the separate UNCITRAL arbitration commenced by City Water against DAWASA. The UROT alleges that if BGT believes that any rule of confidentiality in that proceeding has been breached, its remedy lies before the arbitrators there.
 - (ii) As a second point, the UROT adds that journalists make mistakes, and it is for this reason, among others, that the availability of accurate information about high-profile proceedings like the present arbitration is so important. Also for this reason, Mr. Mkono’s initiative of writing to the newspaper to bring the various errors in the article to the attention of the Editor-in-Chief, was appropriate.
 - (iii) The UROT reaffirms that it has no objection to BGT commenting publicly about this case. However, it considers that in light of BGT’s provocative and inflammatory press campaign, it is in no position to insist upon a gag order against the UROT.
107. The fourth point raised by the UROT is that BGT’s suggestion that the UROT has been inconsistent in its approach to transparency is not new and has not improved. It contends that it has already demonstrated that BGT’s argument is incorrect (it refers to para. 27-30 of its Response dated 4 August 2006) and that it is clear that it has pressed for the greatest possible transparency.

108. The UROT concludes that BGT's application for interim measures should be denied and that the UROT should be awarded the costs it has incurred in defending against that application. BGT has failed to show a threat to any legitimate interest, and has failed to demonstrate that the measures requested are necessary and urgent. There has been neither any harm to BGT, nor evidence of any future threat to the "procedural integrity" of this arbitration.

III DISCUSSION AND RECOMMENDATIONS

109. The Claimant's request is based on Article 47 of the ICSID Convention and Rule 39(1) of the Arbitration Rules.

110. Article 47 of the Convention provides:

"Except as the parties otherwise agree, the Tribunal may, if it considers that the circumstances so require, recommend any provisional measures which should be taken to preserve the respective rights of either party".

111. Article 39 (1) of the Arbitration Rules provides :

"At any time after the institution of the proceeding, a party may request that provisional measures for the preservation of its rights be recommended by the Tribunal. The request shall specify the rights to be preserved, the measures the recommendation of which is requested, and the circumstances that require such measures".

(a) Two Competing Interests

112. The determination of this application for provisional measures entails a careful balancing between two competing interests: (i) the need for transparency in treaty proceedings such as these, and (ii) the need to protect the procedural integrity of the arbitration.

113. In order properly to strike this balance, it is important at the outset to clearly identify the nature of each interest.

i. Transparency

114. Considerations of confidentiality and privacy have not played the same role in the field of investment arbitration, as they have in international commercial arbitration. Without doubt, there is now a marked tendency towards transparency in treaty arbitration.

115. *Agreement of the Parties:* Parties are free, of course, to conclude any agreements they choose concerning confidentiality. Any such agreements would give rise to rights that are susceptible of protection by way of provisional measures or other appropriate relief.

116. There has been no general agreement in this regard in this case, and there is no provision on confidentiality in the UK-Tanzania bilateral investment treaty pursuant to which these proceedings have been brought.

117. To date, the only agreement that has been reached appears in the Minutes of the First Session, where, under a heading “*Article 48(5) of the Convention; Administrative and Financial Regulation 22*”, an agreement was recorded that the Centre may publish the item listed in Administrative and Financial Regulation 22(2)(b) (the award), at such time and in such manner as it deems fit.

118. Beyond this, it was simply noted that the parties:

“will consider, on a case by case basis, the publication of other items listed in Administrative and Financial Regulation 22(2)(b) and (c), and of any other order or decision of the Tribunal.”

119. As the heading in the Minutes suggests, this was a position reached by specific reference to Article 48(5) of the Convention and Financial Regulation 22, both of which only concern publication by the ICSID secretariat itself (C. SCHREUER, *The ICSID Convention, A Commentary* (CUP 2002) at 819-828). It follows from this,

and from the nature of the discussion at the time, that the parties did not address other forms of publication.

120. As also noted in the Minutes of the First Session, the parties subsequently agreed on the publication of the Tribunal's Procedural Order No. 1 of 31 March 2006, and this was accordingly published by ICSID.
121. *No General Per Se Rule:* In the absence of any agreement between the parties on this issue, there is no provision imposing a general duty of confidentiality in ICSID arbitration, whether in the ICSID Convention, any of the applicable Rules or otherwise. Equally, however, there is no provision imposing a general rule of transparency or non-confidentiality in any of these sources.
122. The position of ICSID with respect to transparency has evolved from the old Rules to the new Rules, in force since 10 April 2006, and which govern these proceedings as of that date (Minutes of the First Session, Item 5). The changes mainly concern briefs *amicus curiae* and the attendance of third parties at the hearing (e.g. the new Rule 37(2)). However, as noted above, they clearly reflect an overall trend in this field towards transparency.
123. As matters now stand, the ICSID Convention and the Administrative and Financial Regulations and Rules only contain limitations on specific aspects of confidentiality and privacy, as follows:
 - (a) Article 48(5) of the ICSID Convention provides that: "The Centre shall not publish the award without the consent of the parties." As noted above, this provision deals by its terms only with publication by the Centre itself (C. SCHREUER, *supra*, at 819-828).
 - (b) Regulation 22(2) of the Administrative and Financial Regulations provides that the Secretary-General of ICSID shall only arrange for the publication of (i) arbitral awards or (ii) the minutes and other records of proceedings, if both parties to a proceeding so consent. Again, this provision by its terms is addressed only to the Secretary-General.

- (c) Rule 32(2) of the new ICSID Arbitration Rules provides that the hearing may be opened by the Tribunal to other persons besides the disputing parties, their agents, counsel and advocates, witnesses and experts and officers of the Tribunal - provided that no party objects (in which case, the hearing is to be held in private).
124. These provisions require (subject to contrary agreement) the privacy of the arbitral hearing – a central element of the arbitral process. At the same time, the foregoing provisions focus on the actions of ICSID and arbitral tribunals, and do not expressly address the actions of the parties themselves.
125. There is no provision in the ICSID Arbitration Rules which expressly provides for the confidentiality of pleadings, documents or other information submitted by the parties during the arbitration. On the contrary, the official annotations accompanying the original version of the ICSID Arbitration Rules (which are not binding, and do not form part of the Rules) state that the parties are not prohibited from publishing their pleadings, but that they may agree not to do so “*if they feel that publication may exacerbate the dispute*” (Rule 30, Note F, 1 ICSID Reports 93 – C. SCHREUER, *supra*, at 824, fn 141).
126. This position was confirmed (inter alia) by the ICSID Tribunal in *Amco Asia Corp & others v The Republic of Indonesia*, in the context of an application to recommend a provisional measure to prevent the parties from promoting newspaper publication of details of the case. The Tribunal rejected this request on the ground that neither the ICSID Convention nor the Rules nor any accepted principle of confidentiality in arbitration prevented a party from revealing information about an arbitration case to the newspapers ((1983) 1 ICSID Reports 410, 412). It observed that:
- “... as to the ‘spirit of confidentiality’ of the arbitral procedure, it is right to say that the Convention and the Rules do not prevent the parties from revealing their case; ...” (p.412).¹¹

¹¹ The Tribunal, however, went on to address the issue from the perspective of “non-aggravation and non-exacerbation of the dispute,” an analytically distinct and competing interest which is discussed further below.

127. As outlined below, this position is very similar in other types of treaty arbitration.
128. *ICSID Additional Facility*: The ICSID Additional Facility Rules similarly contain no general duty of confidentiality, but rather a small number of specific protections. For instance, Article 39 limits attendance at hearings. Article 44 limits publication by the Secretary-General of ICSID of minutes of hearings. The extent of confidentiality obligations under the Additional Facility Rules has been the subject of analysis in a number of cases, such as *Metalclad v United Mexican States* (ICSID Case ARB(AF)/97/1), in which it was held, inter alia, that:
- “There remains ... a question as to whether there exists any general principle of confidentiality that would operate to prohibit public discussion of the arbitration proceedings by either party. Neither the NAFTA nor the ICSID (Additional Facility) Rules contain any express restriction on the freedom of the parties in this respect. Though it is frequently said that one of the reasons for recourse to arbitration is to avoid publicity, unless the agreement between the parties incorporates such a limitation, each of them is free to speak publicly of the arbitration. It may be observed that no such limitation is written into such major arbitral texts as the UNCITRAL Rules or the draft Articles on Arbitration adopted by the International Law Commission. ...”
129. A general duty of confidentiality was also rejected by the Tribunal in *Loewen Group Inc & Raymond L. Loewen v United States* (ICSID Case No. ARB(AF)98/3), in particular insofar as might preclude a Government or other party from discussing the case in public, and thereby deprive the public of knowledge and information concerning government and public affairs (paras 24-28).
130. *NAFTA Chapter 11*: There is no general provision in NAFTA providing for confidentiality with respect to arbitrations under its Chapter 11. On the contrary, there are a number of specific provisions aimed at ensuring transparency (e.g. Arts 1127-1129, entitling the States Parties to NAFTA to be informed about claims, to receive copies of all claims, evidence and submissions, and to make general submissions about them; Art 1137(4), on publication of awards). Since the Free

Trade Commission's Interpretation of 31 July 2001, it has now been made clear (in Section A.1 of the Interpretation) that:

“Nothing in the NAFTA imposes a general duty of confidentiality on the disputing parties to a Chapter 11 arbitration, and, subject to the application of Article 1137(4), nothing in NAFTA precludes the parties from providing public access to documents submitted to, or issued by, a Chapter 11 tribunal.”

131. The FTC Interpretation provides expressly for general disclosure of information, subject to only specified and narrow exceptions (such as the protection of confidential business or privileged information, security interests, and other rights of privacy). Thus, NAFTA arbitration has probably achieved the highest level of transparency in this field. Memorials, procedural orders and other decisions, as well as awards, are now made public on a routine basis, and can be consulted for example on the US Department of State website (www.state.gov). In broad terms, subject to narrow exceptions, and in the absence of any restrictive order by a tribunal, disputing parties remain free to disclose all information submitted to or issued by a NAFTA tribunal.
132. *UNCITRAL Arbitration Rules:* Under Article 25(4) of the UNCITRAL Rules, hearings are to be held *in camera* unless the parties agree otherwise. Under Article 32(5), awards are to be made public only with the consent of both parties. Aside from these two provisions, there are no other provisions expressly imposing a general duty of confidentiality, or prohibiting disclosure of documents prepared for or disclosed in the arbitration. In *S.D. Myers Inc v Canada*, (Procedural Order No 16 of 13 May 2000), the Tribunal operating under the UNCITRAL Rules distinguished treaty arbitrations from private commercial arbitrations, as follows (para 8):

“The Tribunal considers that, whatever may be the position in private consensual arbitrations between commercial parties, it has not been established that *any general principle* of confidentiality exists in an arbitration such as that currently before this tribunal. The main argument in favour of confidentiality is founded on a supposed implied term in the arbitration agreement. The present arbitration is taking place pursuant to a

provision in an international treaty, not pursuant to an arbitration agreement between disputing parties.”

(At the same time, the Tribunal did impose restrictions on hearings and materials that formed part of the hearings. Insofar as NAFTA arbitration are concerned, the Tribunal’s holdings may have to be reconsidered in light of the subsequent FTC Interpretation of 2001).

133. These considerations, and the accepted need for greater transparency in this field, generally militate against the type of provisional measures for which the Claimant now contends.
134. However, there exist other specific, and analytically distinct, interests that may militate in favour of restrictions. These are addressed below.

ii. Procedural Integrity and “Non-Aggravation / Non-Exacerbation” of the Dispute

135. It is now settled in both treaty and international commercial arbitration that an arbitral tribunal is entitled to direct the parties not to take any step that might (1) harm or prejudice the integrity of the proceedings, or (2) aggravate or exacerbate the dispute. Both may be seen as a particular type of provisional measure (as, for example, in Article 17 of the newly revised UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, which refers to the prevention of “*current or imminent harm or prejudice to the arbitral process itself*”), or simply as a facet of the tribunal’s overall procedural powers and its responsibility for its own process. Both concerns have a number of aspects, which can be articulated in various ways, such as the need to:

- preserve the Tribunal’s mission and mandate to determine finally the issues between the parties;
- preserve the proper functioning of the dispute settlement procedure;

- preserve and promote a relationship of trust and confidence between the parties;
 - ensure the orderly unfolding of the arbitration process;
 - ensure a level playing field;
 - minimise the scope for any external pressure on any party, witness, expert or other participant in the process;
 - avoid “trial by media”.
136. It is self-evident that the prosecution of a dispute in the media or in other public fora, or the uneven reporting and disclosure of documents or other parts of the record in parallel with a pending arbitration, may aggravate or exacerbate the dispute and may impact upon the integrity of the procedure. This is all the more so in very public cases, such as this one, where issues of wider interest are raised, and where there is already substantial media coverage, some of which already being the subject of complaint by the parties.
137. Whilst it is in the wider public interest to ensure that accurate information about the parties’ dispute and its resolution is broadcast, this is not always easy to achieve. That is particularly true while an arbitration is ongoing, and an arbitral record has yet to be completed.
138. These concerns have been recognised in a number of previous decisions. In particular the Tribunal agrees with the observations (in the context of NAFTA) made in *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. USA* (ICSID Case N° ARB (AF) 98/3, Decision on Hearing of Respondent’s Objection to Competence and Jurisdiction, January 5, 2001) and *Metalclad Corp. v. United Mexican States* (ICSID Case N° ARB (AF)/97/1, Decision on a Request by the Respondent for an Order Prohibiting the Claimant from Revealing Information Regard the Case, 27 October 1997), that “*it would be of advantage to the orderly unfolding of the arbitral process if during the proceedings they were both to limit public discussion of the case to what is considered necessary*” (Loewen, § 26), “*... subject only to any externally imposed obligation of disclosure by which either of them may be legally bound*” (Metalclad, § 10).

139. Further, according to C. SCHREUER, *supra*, at p. 744 and following, at 746:

“[t]he purpose of provisional measures is to induce behavior by the parties that is conducive to a successful outcome of the proceedings such as securing discovery of evidence, preserving the parties’ rights, preventing self-help, safeguarding the awards’ eventual implementation and generally keeping the peace...”

140. Importantly, these are not concerns that are inconsistent for all time with transparency – since they are limited in duration, and do not impact beyond the end of the proceedings themselves. Once the arbitration has finally concluded, most restrictions would not normally continue to apply. While the proceedings remain pending, however, there is an obvious tension between the interests in transparency and in procedural integrity.

141. The UROT states that if the orders sought here are granted, this would be without any precedent in ICSID proceedings, and an event “*unique in ICSID history*”. The Tribunal disagrees. There are a number of instances in which such recommendations have been made – albeit not all publicised – and the underlying rights and interests in question are now well-accepted. The fact that the actual orders that were sought in cases such as *Loewen*, *Metalclad*, and *Amco* were not granted in the terms on which they were sought is not decisive. Each case turned upon specific facts regarding the risk of exacerbation and the effects on the arbitration’s procedural integrity, while in each instance, the tribunal reaffirmed the general principles outlined above concerning the need to minimise aggravation of the parties’ dispute.

142. As to the observation that most treaty arbitrations are the subject of widespread reporting and publicity, the Tribunal would note that this is so, but that (at least outside of the expressly-regulated regime of NAFTA), much of this reporting and publicity occurs after arbitral proceedings have actually concluded, and a final award rendered. As noted above, it is at this stage that, in the normal course, concerns as to procedural integrity no longer apply.

(b) Threats to Procedural Integrity / Aggravation and Exacerbation of the Dispute at Issue in These Proceedings

143. The UROT asserts that none of the rights or interests identified by BGT are actually the subject of any existing threat, such as to warrant the imposition of provisional measures at this stage.
144. It is true that the risks to the integrity of these proceedings, and the danger of an aggravation or exacerbation of this dispute, have yet to manifest themselves in concrete terms. Neither party has demonstrated that it has yet been inhibited, in fact, from participating fully in these proceedings or that any of the existing arbitration procedures have been hindered or impaired by the publicity that has occurred to date. In truth, BGT's complaint amounts to a concern about the risk of future prejudice, or the potential risk to the arbitral process as it unfolds hereafter.
145. The Tribunal disagrees, however, with the suggestion that actual harm must be manifested before any measures may be taken. Its mandate and responsibility includes ensuring that the proceedings will be conducted in the future in a regular, fair and orderly manner (including by issuing and enforcing procedural directions to that effect). Among other things, its mandate extends to ensuring that potential inhibitions and unfairness do not arise; equally, its mandate extends to attempting to reduce the risk of future aggravation and exacerbation of the dispute, which necessarily involves probabilities, not certainties.
146. Given the media campaign that has already been fought on both sides of this case (by many entities beyond the parties to this arbitration), and the general media interest that already exists, the Tribunal is satisfied that there exists a sufficient risk of harm or prejudice, as well as aggravation, in this case to warrant some form of control.
147. Equally, however, given the public nature of this dispute and the range of interests that are potentially affected, including interests in transparency and public

information, the Tribunal is also of the view that, as far as possible, any restrictions must be carefully and narrowly delimited.

(c) Appropriate Form of Order

148. Having carefully considered each category of documents and information involved in Claimant's request for provisional measures, the Tribunal concludes that an appropriate balance between the competing interests, at least for the time being, is as follows:

i. General Discussion about the Case

149. Subject to the restrictions on disclosure of specific documents set out below, neither party should be prevented from engaging in general discussion about the case in public, provided that any such public discussion is restricted to what is necessary (for example, pursuant to the Republic's duty to provide the public with information concerning governmental and public affairs), and is not used as an instrument to further antagonise the parties, exacerbate their differences, unduly pressure one of them, or render the resolution of the dispute potentially more difficult.

150. Part of the UROT's opposition to the measures sought by BGT is based upon a concern that there ought not to be any: "*curtailment of a sovereign State's right (and obligation) to inform the public about a matter of great public importance and comment*" (UROT's submission of 18 August 2006, para 15). The Tribunal agrees with this, and considers that the direction in paragraph 149 above adequately caters for UROT's concern. Indeed, as clarified in its submission of 11 August 2006, BGT has: "*not sought an order restraining the UROT from commenting on the arbitral proceedings in a general way*".

ii. Awards

151. In light of the parties' agreement (as recorded in paragraph 117 above) that the Centre may publish awards at such time and in such manner as it deems fit, there is no need for any direction in this regard.

iii. Decisions, Orders and Directions of the Tribunal (other than Awards)

152. Given the treatment of awards, and the treatment of such materials in investment arbitration generally, the presumption should be in favour of allowing the publication of the Tribunal's Decisions, Orders and Directions. Publication of the Tribunal's decisions also, as a general matter, will be less likely to aggravate or exacerbate a dispute, or to exert undue pressure on one party, than publication of parties' pleading or release of other documentary materials.
153. However, the nature and subject matter of Decisions, Orders and Directions varies enormously, and for some it may still be inappropriate to allow wider distribution. It follows that this category ought to be considered by the Tribunal on a case-by-case basis as such determinations are made.
154. In the exercise of this mandate, the Tribunal considers it important that no confidentiality restriction be imposed upon this Procedural Order No 3, given the need to explain to parties with interests in transparency the precise basis upon which the Tribunal is proceeding.

iv. Minutes or Records of Hearings

155. The Tribunal considers itself responsible to ensure that the hearing is conducted in an efficient manner, to resolve the parties' dispute fairly and impartially. The publication of minutes or records of hearings has at least the potential to affect the procedural integrity and efficiency of the hearing itself. Indeed:
- (a) Regulation 22(2) of the Administrative and Financial Regulations provides that the Secretary-General of ICSID shall only arrange for the publication of the minutes and other records of proceedings if both parties to a proceeding so consent, and
 - (b) Rule 32(2) of the new ICSID Arbitration Rules provides that the hearing may not be opened by the Tribunal to third parties if a party objects.

Accordingly, it is appropriate that minutes or records of hearings should not be disclosed unless the parties so agree, or the Tribunal so directs.

v. Documents Disclosed in the Proceedings

156. No restriction is appropriate upon the publication by one party of its own documents, even if those documents have been produced in the arbitral proceedings pursuant to a disclosure exercise, or otherwise. (Of course, if there are separate contractual or other confidentiality restrictions on such publication, then the nature, applicability and enforceability of those restrictions would need to be raised and considered. No such restrictions have been suggested in this case).
157. However, in the interests of procedural integrity, the Tribunal does consider it appropriate to restrict publication or distribution of documents that have been produced in the arbitration by the opposing party. The interests of transparency are here outweighed, since the threat of wider publication may well undermine the document production process itself, as well as the overall arbitration procedure. The production of documents by a party, whether in response to a disclosure request or otherwise, is made for the purpose of resolving the parties' dispute and the presumption is that materials disclosed in this manner should be used only for such purpose.

vi. Pleadings / Written Memorials

158. Given that (a) the pleadings and written memorials are likely to detail documents that have been produced pursuant to a disclosure exercise, and (b) any uneven publication or distribution of pleadings or memorials is likely to give a misleading impression about these proceedings, this category of documents should be restricted, pending conclusion of the proceedings (or agreement between the parties, or further order by the Tribunal).

159. The same restriction ought to apply to witness statements and expert reports attached to pleadings and written memorials.
160. As to documents attached to pleadings and written memorials, this is already addressed in paragraphs 156 and 157 above.

vii. Correspondence Between the Parties and/or the Arbitral Tribunal Exchanged in respect of the Arbitral Proceedings

161. This is a category in which the needs of transparency (if any) are outweighed by the requirements of procedural integrity. Correspondence between the parties and/or the Arbitral Tribunal will usually concern the very conduct of the process itself, rather than issues of substance, and as such do not warrant wider distribution. It follows that this is an appropriate category for restriction.
162. *Continued Review:* In order to ensure that the balance between the competing interests is maintained, the Tribunal considers it appropriate to keep each category under continued review. To this end, pending the conclusion of these proceedings, the Tribunal will act as a “gate-keeper” on disclosures. Thus, if new circumstances arise, and the parties are unable to reach agreement, the parties remain at liberty to apply to vary these directions on a case-by-case basis. In the interests of efficiency, the Tribunal expects that such applications would be made only in well-justified circumstances, supported by concrete explanations.
163. *Restrictions on Both Parties:* As will be clear, the analysis above leads to a form of order different to that requested by BGT. In particular, it is an order that must as a matter of fairness, equality of treatment and non-aggravation of the parties’ dispute apply equally to both parties. As noted by BGT in paragraph 20 of its submission of 11 August 2006:

“One way in which to ensure that a dispute is not aggravated is to preserve an even playing field for the parties (which will in turn maintain the working relationship between them conducive to an effective procedure) and maintain a focus on the merits of the dispute. These considerations will be undermined by allowing one party to disclose unilaterally to third parties the documents filed in the arbitral proceedings. ...”

Given that, to date, both parties have made frequent use of publicity and disclosures, there is no reason why the mechanism set out below ought not to apply equally to all parties.

Consequently, the Arbitral Tribunal Recommends That:

for the duration of these arbitration proceedings, and in the absence of any agreement between the parties:

- (a) all parties refrain from disclosing to third parties:
 - i. the minutes or record of any hearings;
 - ii. any of the documents produced in the arbitral proceedings by the opposing party, whether pursuant to a disclosure exercise or otherwise;
 - iii. any of the Pleadings or Written Memorials (and any attached witness statements or expert reports); and
 - iv. any correspondence between the parties and / or the Arbitral Tribunal exchanged in respect of the arbitral proceedings.

- (b) All parties are at liberty to apply to the Arbitral Tribunal in justified cases for the lifting or variation of these restrictions on a case-by-case basis.

- (c) Any disclosure to third parties of decisions, orders or directions of the Arbitral Tribunal (other than awards) shall be subject to prior permission by the Arbitral Tribunal.
- (d) For the avoidance of doubt, the parties may engage in general discussion about the case in public, provided that any such public discussion is restricted to what is necessary, and is not used as an instrument to antagonise the parties, exacerbate their differences, unduly pressure one of them, or render the resolution of the dispute potentially more difficult, or circumvent the terms of this Procedural Order.

Further it is Recommended that:

- (e) all parties refrain from taking any steps which might undermine the procedural integrity, or the orderly working, of the arbitral process and / or which might aggravate or exacerbate the dispute.

Disclosure of this Procedural Order

- 164. This Procedural Order No 3 shall be subject to no confidentiality restrictions, and may be freely disclosed to third parties.

Reservation

- 165. The recommendations and orders above are made strictly without prejudice to all substantive issues in dispute and without prejudice to further requests (by either party) for production of documents or other disclosure. The Arbitral Tribunal is obviously not yet in a position to form any views whatsoever on the merits of the parties' cases, and it has been careful not to prejudge any issues of fact or law in the formulation of this procedural order.

The Arbitral Tribunal

Signed

Gary BORN

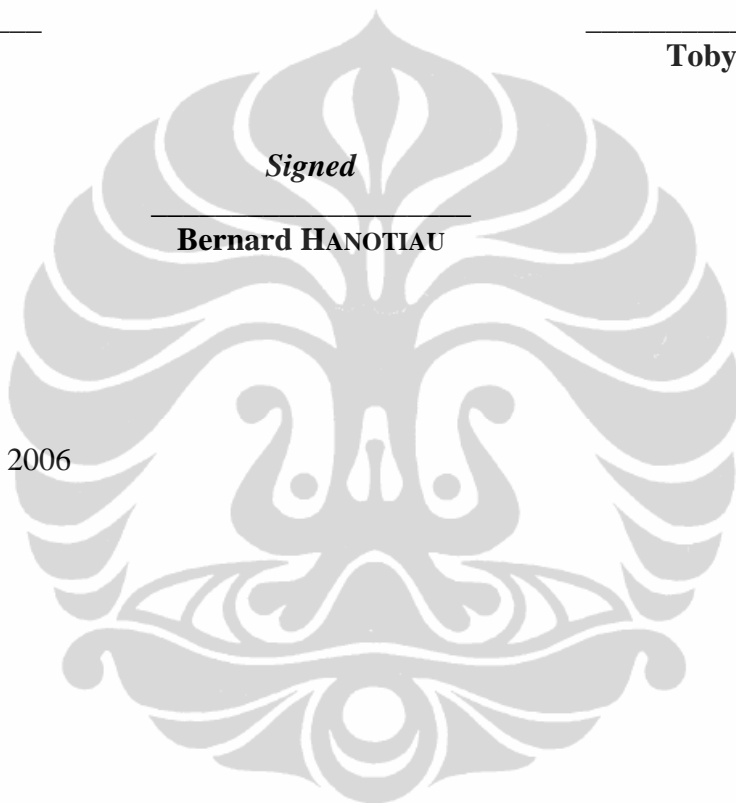
Signed

Toby LANDAU

Signed

Bernard HANOTIAU

Dated: 29 September 2006



**IN THE HIGH COURT OF NEW ZEALAND
AUCKLAND REGISTRY**

CIV 2008-404-005112

BETWEEN SURE CARE SERVICES LIMITED
First Plaintiff

AND ROBERT THORNE LAWRENCE AND
DEON JOHAN WESSELS
Second Plaintiffs

AND JOY CHIUNG-YI TSENG LAWRENCE
AND JILL CHIUNG-HUI TSENG
WESSELS
Third Plaintiffs

AND AT YOUR REQUEST FRANCHISE
GROUP LIMITED
First Defendant

AND ADRIAN COURTNEY KENNY
Second Defendant

Hearing: 20 January 2009

Counsel: A F Grant for plaintiffs
R M Dillon for defendants

Judgment: 31 July 2009 at 11:30am

JUDGMENT OF ASSOCIATE JUDGE ABBOTT

*This judgment was delivered by me on 31 July 2009 at 11:30am,
pursuant to Rule 11.5 of the High Court Rules.*

Registrar/Deputy Registrar

Solicitors:
Stewart Germann Law Office, PO Box 1542, Auckland 1140 for plaintiffs
Gaze Burt, PO Box 91345, Auckland 1142 for defendants

SURE CARE SERVICES LIMITED & ORS V AT YOUR REQUEST FRANCHISE GROUP LIMITED &
ANOR HC AK CIV 2008-404-005112 31 July 2009

[1] This proceeding concerns a dispute over franchise agreements for the conduct of home and commercial services businesses operating under the name “At Your Request”. The first defendant (which I will refer to as AYRFG) as franchisor with the first plaintiff (Sure Care) as franchisee and the second plaintiffs (as guarantors) entered into several agreements for regional franchises for the Tauranga, Rotorua and Whakatane areas.

[2] The plaintiffs say that AYRFG has breached numerous terms of the agreements, and misrepresented many of the aspects of the business to them. They claim they have cancelled the agreements and sue for their loss of expected profits (alleged to be \$4,290,000). As a second cause of action they say that both defendants (the second defendant is a director of AYRFG) have breached the Fair Trading Act 1986. The plaintiffs seek to recover sums paid under the agreements, compensation for expenses incurred and income or earning opportunities lost as a consequence of entering into the agreements.

[3] The defendants have protested the jurisdiction of the Court to hear the claim. They have applied to dismiss or stay the proceeding on the ground that each agreement contains an arbitration clause under which the parties have agreed to refer all disputes to arbitration.

[4] The plaintiffs oppose the application on a number of grounds. The principal grounds are that the arbitration clause does not require disputes to be referred to arbitration, that arbitration is inappropriate because the third plaintiffs are not parties to the agreement, and that it would be contrary to public policy to enforce the arbitration clause because of the deceitful conduct of the defendants.

Relevant background

[5] In August 2005 Mr Lawrence and Mr Wessels (the second plaintiffs) became interested in the At Your Request franchises run by AYRFG. In August and

September 2005 they had a number of meetings and discussions with Mr Kenny (the second defendant) as to the manner in which the franchises operated.

[6] On 12 September 2005 the second and third plaintiffs incorporated Sure Care for the purpose of purchasing regional franchises for three services (home care, lawn care and commercial care) in the Tauranga, Rotorua and Whakatane regions. The second and third plaintiffs are two husband and wife couples. They became (and remain) shareholders. The second plaintiffs became (and remain) directors.

[7] Sure Care entered into the franchise agreements on or about 13 September 2005. The second plaintiffs gave guarantees of Sure Care's obligations. Sure Care paid total franchise fees of \$100,000 and a further \$97,000 for equipment, materials and other costs of setting up the businesses. The agreements contained identical standard terms, including a disputes resolution clause (clause 24).

[8] Disputes arose between the parties. The plaintiffs contend that AYRFG breached several terms of the agreements and had misrepresented the franchise businesses to them. The parties attempted to resolve their differences. This included attending a mediation as required under the disputes resolution clause, but that was unsuccessful.

[9] After the mediation the plaintiffs stopped making royalty payments to AYRFG pursuant to the franchise agreements. Both parties gave notice of cancellation in late 2006.

[10] The plaintiffs issued this proceeding on 11 August 2008. On 1 September 2008 the defendants wrote to the plaintiffs (through respective solicitors) invoking an arbitration provision in the disputes resolution clause and referring all the disputes raised in their statement of claim to arbitration. They invited the plaintiffs to withdraw the proceeding and advised that they would apply to the Court to dismiss the proceeding if the plaintiffs did not do so. The plaintiffs did not withdraw the proceeding. The defendants then brought the application that is now before the Court.

The application, competing positions, and issues arising

[11] The defendants rely on clause 8(1) of the first schedule to the Arbitration Act 1996 under which it is mandatory for the Court to stay a proceeding in respect of a matter which the parties have agreed to refer to arbitration, unless certain factors exist:

Schedule 1, Chapter 2

8 Arbitration agreement and substantive claim before court

- (1) A court before which proceedings are brought in a matter which is the subject of an arbitration agreement shall, if a party so requests not later than when submitting that party's first statement on the substance of the dispute, stay those proceedings and refer the parties to arbitration unless it finds that the agreement is null and void, inoperative, or incapable of being performed, or that there is not in fact any dispute between the parties with regard to the matters agreed to be referred.

[12] The defendants say that they have referred to arbitration all the disputes set out in the statement of claim, pursuant to an agreement to arbitrate these disputes contained in clause 24(3) of the franchise agreements. They seek dismissal or stay under r 131 (now r 5.49) of the High Court Rules (on the grounds that clause 8(1) precludes the Court's jurisdiction) or under r 477 (now r 15.1) (on the grounds that it would be an abuse of process to continue with this proceeding in face of the reference to arbitration).

[13] The plaintiffs say that clause 8(1) does not apply because, on its true construction, clause 24(3) is not an agreement to arbitrate and because it cannot apply to the claim under the Fair Trading Act. Further they say that if clause 24(3) is an agreement to arbitrate it is inoperative as the plaintiffs elected litigation and the defendants accepted that election. Alternatively, they say that clause 24(3) is inoperative because the defendants have waived their right to arbitration or are estopped from enforcing it. They also say that it cannot apply in any event to the third plaintiffs or the second defendant (who are not parties to the franchise agreements). Finally, they say that clause 8(1) should not be applied because it would be contrary to public policy to enforce the agreement to arbitrate: s 10(1) Arbitration Act 1996.

[14] The issues that the Court must determine, therefore, are:

- a) Whether, as a matter of construction, the plaintiffs are required to submit these disputes to arbitration.
- b) Whether the arbitration clause applies to a claim for breach of the Fair Trading Act.
- c) Whether the arbitration clause is inoperative because the parties have elected litigation.
- d) Whether the defendants have waived their right to arbitration or are estopped from insisting upon it.
- e) Whether the fact that the third plaintiffs and the second defendant are not parties to the agreement precludes arbitration.
- f) Whether there are public policy considerations that preclude arbitration.

Conduct of hearing and further submissions

[15] Although this is the defendants' application, it was common ground that its success or otherwise would turn on whether the plaintiffs were able to establish any of their grounds for opposition. For that reason counsel for the plaintiffs, Mr Grant, presented his argument first (addressing the defendants' written argument at the conclusion of his submissions).

[16] After counsel for the defendants, Mr Dillon, had replied Mr Grant sought leave to present further written submissions in reply, contending that the defendants' arguments went beyond the defendants' written synopsis in a number of respects, which could not have been anticipated. I granted leave for the plaintiffs to file further written submissions but only in reply to new matters that had emerged in the oral argument. I also reserved leave for the defendants to seek an opportunity to

answer any matters on which they believed they were prejudiced by the further submissions.

[17] Mr Grant filed further submissions. Shortly afterwards counsel standing in for Mr Dillon (who had gone on leave) filed submissions in response without seeking leave or identifying any claim to prejudice. Mr Grant objected to these further submissions. He sought leave to reply to them if the Court accepted it was appropriate to read them.

[18] Neither counsel has conformed strictly to the terms for providing further submissions. Mr Grant addressed seventeen matters in his reply to Mr Dillon's oral argument. A number of the arguments had been raised in Mr Dillon's written submissions. Of the remainder, there were only two that I regard as potentially relevant to the issues before me. Both appear to me to relate to his argument on public policy. The first is whether clause 11.3 of the franchise agreements (an exclusion clause) should be given any weight. The second was the addition of the decision in *Wilkinson v Osborne* (1915) 21 CLR 89 to the case law he relied on in support of his public policy argument. I have taken both into consideration.

[19] Although counsel standing in for Mr Dillon did not comply with the terms for filing any further response, he may not have appreciated what the terms were. I note that he filed his submissions on the basis that the defendants, as applicants, should be entitled to the last reply. The reply does not go significantly beyond the original submissions on the issues that matter. For that reason I am not prepared to allow Mr Grant to make any further submissions.

Construction of the arbitration clause

[20] The arbitration clause is part of a wider disputes resolution clause. It is helpful to see it in context. The relevant parts are:

24 DISPUTE RESOLUTION

24.1 **Notice:** Should any dispute arise between the parties touching any matter under this Agreement, then such dispute shall be defined by written notices by the party raising it to the other party and shall

forthwith be discussed on a 'without prejudice' basis by the parties in an attempt to resolve their differences amicably and expeditiously.

- 24.2 **Mediation:** If the discussions in clause 24.1 fail to resolve the relevant dispute, then the parties agree that within fifteen Business Days of the date of the Notice of the dispute, the parties may refer the matter to a mutually agreed mediator...and must not litigate or refer to arbitration prior to mediating....
- 24.3 **Arbitration:** If the mediation procedure in clause 24.2 fails to resolve the relevant dispute, then the parties agree that either party may refer the issue to arbitration in accordance with the Arbitration Act 1996....
- 24.4 **No Delay:** It is agreed by both parties that any such arbitration is to be conducted and completed without delay and neither party will impede the arbitration in any way.
- 24.5 **Ruling Confidential:** It is agreed that parties, their advisors and consultants will hold the ruling of the Arbitrator confidential.

[21] Mr Grant's opening submission was that clause 24.3 did not require the plaintiffs to submit their disputes to arbitration. He based this submission on the phrase in clause 24(3) reading "either party may refer the issue to arbitration". He argued that the word *may* indicated that arbitration is not mandatory, and allowed the parties to choose litigation or arbitration. He contended that this interpretation was supported by the wording of clause 24.2 (the mediation clause) that the parties "must not litigate or refer to arbitration prior to mediating" and by the wording of clause 24.4 that if arbitration is chosen "any such arbitration is to be conducted and completed without delay". He said that clause 24.2 reserves the right for each party to litigate after an unsuccessful mediation, and the words *any such* in clause 24.4 indicate that arbitration is not compulsory. In the event of uncertainty, Mr Grant submitted that the *contra proferentem* rule of interpretation should apply against the defendants.

[22] Mr Dillon submitted in response that clause 24(3) was clear that once mediation has failed either party may refer the disputes to arbitration. He argued that once a party has done so, the Court must stay the proceeding if so requested (and the defendants have so requested by appearing under protest and bringing this application).

[23] I am unable to accept Mr Grant's submission. The use of the word "may" in clause 24(3) is permissive to the extent that the parties can elect whether to take their dispute to arbitration (as against bringing it to the court). However, it has to be read as part of the phrase "*the parties agree that either party may refer the issue to arbitration*". I consider this phrase means that once one party decides to refer a dispute to arbitration both are bound to that course. The phrase carries an implication of an agreed consequence. If the phrase was construed as Mr Grant suggested, it would be meaningless.

[24] I find that once a party takes the step of referring a dispute to arbitration, clause 24(3) requires that they follow that course. Clause 24 read as a whole, and the wording of clauses 24(2) and 24(4) referred to above, are entirely consistent with this construction.

Does clause 24 extend to disputes under the Fair Trading Act?

[25] Mr Grant submitted that, in any event, the arbitration clause does not apply to conduct that infringes the Fair Trading Act 1986. He argued that the statutory obligation to comply with the terms of that Act is not "a matter under this agreement" bringing such claims within the ambit of clause 24.

[26] I see no reason to exclude disputes under the Fair Trading Act from the ambit of clause 24(3). There is no suggestion that the defendants are not required to comply with the Fair Trading Act. The complaint is that the defendants' conduct caused the plaintiffs to enter into the franchise agreements. The plaintiffs seek civil redress (to which they are entitled under the Act) for the alleged breach. It is still, in effect, a matter "touching the agreement" in the same way that the alleged misrepresentations are.

Is the arbitration clause inoperative because the parties have elected litigation?

[27] Mr Grant next submitted that if clause 24(3) is mandatory it is inoperative (applying the language of clause 8 of Schedule 1 of the Arbitration Act 1996). He argued that if it allows the parties an election to arbitrate or litigate, the plaintiffs

have elected litigation and the defendants have accepted that election. He based this submission on an exchange of correspondence between solicitors after both parties had served notices of cancellation, and particularly a letter from the defendants' solicitors (dated 14 December 2006). This letter was in reply to a letter from the plaintiffs' solicitors (dated 1 December 2006) challenging the defendants' cancellation of the agreements. It concluded with the statement

“We hope to be able to file proceedings against your client before the end of the year, but if having regard to our own commitments and the commitments of counsel, that is not possible, we will file them in the new year. Can you please let us know if you have instructions to accept service on behalf of your client.”

[28] The defendants' solicitors stated in the opening paragraph to their letter of 14 December 2006

“we...confirm that we are authorised to accept service on behalf of our client.”

[29] I do not accept Mr Grant's submission for two reasons. First, the acceptance was not as unequivocal as he would have me find. The defendants' solicitors ended the same letter with the statement

“...any claims that your client has with regard to the Franchise Agreements...need to be addressed through arbitration as provided for in clause 24 of the Franchise Agreements.”

This position was repeated in a subsequent letter dated 9 February 2007.

[30] Secondly, although the letter of 1 December refers to filing of a proceeding (a term usually associated with a Court proceeding) there is no explicit reference to a Court proceeding as distinct from an arbitral proceeding. The defendants' solicitors clearly saw the latter as the appropriate approach – and pointed the plaintiffs' solicitors to that.

Is the clause inoperative through waiver or estoppel?

[31] In their grounds of opposition the plaintiffs contended that the defendants had waived their right to insist on arbitration or were estopped from insisting on that right. In his initial submissions Mr Grant submitted that the statement by the defendants' solicitors that they were authorised to accept service was an unequivocal indication that the defendants were not insisting on the right to refer the disputes to arbitration: *New Zealand Railways Corporation v Fletcher Development* (1990) 1 NZ Conv 190,464 at 190,467. In supplementary submissions Mr Grant re-phrased this submission and said that this was a further reason for clause 24(3) to be inoperative. He initially made the same point in respect of the ground of estoppel, but in oral argument did not pursue that ground.

[32] In reply Mr Dillon contended that the defendants have not waived their right to arbitration (which requires a clear and unambiguous action), and said that there is no basis for an estoppel. Both counsel referred to the correspondence I have set out above.

[33] I do not accept that the solicitors' statement was inconsistent with the defendants' insistence on arbitration, or that the plaintiffs can have understood that the defendants would not insist on the arbitration clause, for the reasons I have given on the last point. Further, there is no evidential basis on which to find that it was unconscionable for the defendants to revert to an insistence on arbitration (the basis for any estoppel: *National Westminster Finance NZ Ltd v National Bank of NZ Ltd* [1996] 1 NZLR 548,549) even if the letter of 14 December 2006 could be construed as an acceptance of court proceedings.

Is arbitration precluded by the claims of the third plaintiffs and the claims against the second defendant?

[34] Mr Grant submitted that the application should be denied because clause 24(3) does not apply to the claims by the third plaintiffs and those against the second defendant as they are not parties to the franchise agreements.

[35] Mr Dillon argued that it does not matter that the third plaintiffs and the second defendant are not parties to the arbitration agreement as no cause of action is

advanced by or against them, other than jointly with or against the parties to the arbitration agreement.

[36] Although I accept that the third plaintiffs have pleaded that they have suffered losses in their own right, their claims are dependent on the claims being advanced by the first and second plaintiffs. They have not pleaded any dealings between the defendants and them additional to the defendants' dealings with the other plaintiffs, nor of any deceptive or misleading conduct directed specifically towards them. For that reason their claims will not succeed if the other plaintiffs' claims do not.

[37] I accept that the plaintiffs all have claims against the second defendant (Mr Kenny) in person. Mr Kenny is director and majority shareholder of AYRFG. The plaintiffs have not pleaded any conduct by Mr Kenny which would not also give rise to liability on the part of AYRFG. I anticipate that Mr Kenny is willing to have the first and second plaintiffs' claims (if not all plaintiffs' claims) heard in an arbitration. If so, the same applies to the third plaintiffs' claims against him as their claims against AYRFG.

[38] The third plaintiffs cannot be compelled to partake in an arbitration, but I do not see that they need do so. If the alleged representations which are said to comprise the misleading conduct are established as between their husbands and the defendants, they can then pursue their independent claims if they wish. They will still have to show that they too were misled and have suffered loss as a result, but that is the only discrete aspect of their claims. On the other hand, if the other plaintiffs cannot establish misleading and deceptive conduct, the third plaintiffs' claims will also fall away.

[39] Rule 1.2 of the High Court Rules (formerly r 4) requires the rules to be applied in a way that will best secure a just, speedy and inexpensive determination of a proceeding. In the circumstances I consider that if the other claims should otherwise have to be determined by arbitration, and Mr Kenny agrees to the claims against him being included in the arbitration, this is an appropriate case to stay the claims of the third plaintiffs to await the outcome of the arbitration.

Is arbitration precluded on public policy grounds?

[40] Finally, Mr Grant submitted that it would be contrary to public policy to enforce the arbitration clause. In support he referred me to a number of cases in which the courts have had to decide whether to uphold claims for confidentiality in face of a public interest in the subject of the confidence: *Initial Services Ltd v Putterill* [1968] 1 QB 396; *Fraser v Evans* [1969] 1 QB 349; *Hubbard v Vosper* [1972] 2 QB 84; *Church of Scientology v Kaufman* [1973] RPC 635; *Malone v Commissioner of Police of the Metropolis (No 2)* [1979] 2 All ER 620; *Attorney-General for the United Kingdom v Wellington Newspapers Ltd* [1988] 1 NZLR 129; and *B v Auckland District Law Society* (HC Auck M1539SD99, 6 July 2000, Paterson J).

[41] This submission arises out of AYRFG's marketing of the franchise business as one based on honesty, integrity and fairness. The plaintiffs say that they were induced to enter into the agreements by this (and other representations) but that the way in which the business has operated is to the contrary. Mr Grant said that the substantial number of misrepresentations pleaded illustrate business practices designed to conceal from prospective purchasers the way in which the franchise operates in fact. He argued that evidence adduced from three former franchisees as to their experiences (much of which has not been answered by the defendants) showed that the plaintiffs' case was not an isolated one and that the practices were systemic. He submitted that requiring the disputes to be determined by arbitration would allow these practices to continue to the detriment of the public, and specifically prospective purchasers of franchises. He invited me to accept a similar public interest defence to the present application so as to bring the practices out from behind the closed doors of arbitration.

[42] In response Mr Dillon submitted that any public policy factor favours arbitration where disputes are capable of private settlement. He said that the defendants disputed the claims and would answer them all substantially at the appropriate time (they have not filed a defence as to do so would be a step in the proceeding which could preclude arbitration). He submitted that provisions for confidentiality and arbitration are standard features of commercial agreements and

that reasonable protection for prospective purchasers was built into the franchise agreements in the form of requirements to obtain legal and financial advice and to identify any representations which have induced them to enter into the agreements, and a 21 day “cooling-off period” after signature (only 7 days is allowed in the standard agreement promulgated by the Franchise Association of New Zealand). He submitted that the interests of the 214 existing franchisees in protecting the AYR brand also had to be taken into account. He noted that, although the plaintiffs’ submission of dishonest practices suggested fraud, the plaintiffs have not pleaded fraud and submitted that it could not be sustained on the evidence in the present case.

[43] The cases relied upon by Mr Grant establish that:

- (a) Public interest can be a defence to a claim for breach of confidence, but there needs to be just cause and excuse for breaking the confidence: *Fraser v Evans* at 361;
- (b) Although it is not limited to this, the defence can be raised where there is misconduct of such a nature that it ought in the public interest to be disclosed to others: *Initial Services Ltd v Putterill* at 405;
- (c) The disclosure must be to one who has a proper interest to receive the information (for example, disclosure of a crime to the police); however, there could be cases where broader disclosure (such as to the press) will be justified: *Initial Services Ltd v Putterill* at 406, *Malone v Commissioner of Police* at 635;
- (d) The court considering the defence must balance the public interest in upholding confidentiality with the countervailing public interest in disclosure: *B v Auckland District Law Society* at [40].

[44] Although the Court has an overriding entitlement not to enforce an arbitration agreement for public policy reasons in an appropriate case (this is recognised in s10(1) of the Arbitration Act 1996), counsel did not refer me to any case where the courts have declined to enforce an arbitration agreement merely on the grounds of

public interest in the subject matter. Mr Dillon referred to *CBI NZ Ltd v Badger Chiyoda* [1989] 2 NZLR 669 where the Court of Appeal decided that it was not contrary to the public interest to give effect to a clause in an arbitration agreement ousting the jurisdiction of the court to review an award for error of law on the face of the award. However, that case does not help in the present application, save in that it is an illustration that public policy considerations can be relevant.

[45] I am not persuaded that the cases cited by Mr Grant are directly on point. In this case the claim is not for breach of confidence *per se* but rather to enforce an agreement to resolve the disputes by arbitration rather than litigation. Nevertheless, they provide a useful basis for analysis.

[46] The cases indicate that there needs to be a balancing of interests. In that respect the starting point in my view is the public interest in upholding agreements. I accept that confidentiality and arbitration clauses are regularly used in commercial agreements. There is a proper commercial rationale for them. Considerable weight needs to be put on the parties' agreement to resolve their disputes in a particular way. I note that the plaintiffs initially accepted the disputes resolution clause (by going to mediation).

[47] I accept, on the other hand, that the plaintiffs have advanced matters which, if proven, could amount to conduct which should be disclosed. However, the matters are not proven at this time. Mr Grant invited me to treat the plaintiffs' claims as well-founded. He criticised the defendants' failure to reply to each allegation made against them. I am not persuaded that it would have made any difference for the defendants to have done so. I am in no doubt that the defendants dispute the substance of the plaintiffs' case. Mr Kenny has provided affidavits from which I am satisfied that there are two sides to the dispute. I am not in a position to resolve disputes as to fact on this application (which in effect is what Mr Grant would have me do). For that reason I do not consider it helpful to traverse the various allegations and responses.

[48] It is also relevant to look at the public interest that the plaintiffs are advancing. They say that they have a concern about prospective purchasers. I

accept the submission of Mr Dillon that the agreements provide several safeguards for them. Notwithstanding the sceptical view of the plaintiffs, I suspect it is also open to any purchasers to make inquiries of existing franchisees. In addition, there are currently 214 existing franchisees whose businesses may be adversely affected if allegations are made public and are subsequently shown to have no merit or to apply only to the plaintiffs. The second plaintiffs appear to recognise this possibility - at an early stage of the dispute (in a complaint letter dated 21 June 2006) they referred to their concern about “brand devaluation” as a consequence of the matters they were raising.

[49] Perhaps most tellingly, however, the cases relied upon by Mr Grant suggest that disclosure is not unlimited – it must be to a person with a proper interest in the information. I consider that, at least at this stage (when allegations are unproven), there is no good reason to disclose more generally than to the arbitrator as the person whom the parties agreed would resolve their disputes. I see no reason for these unproven allegations to be disclosed to the public at large.

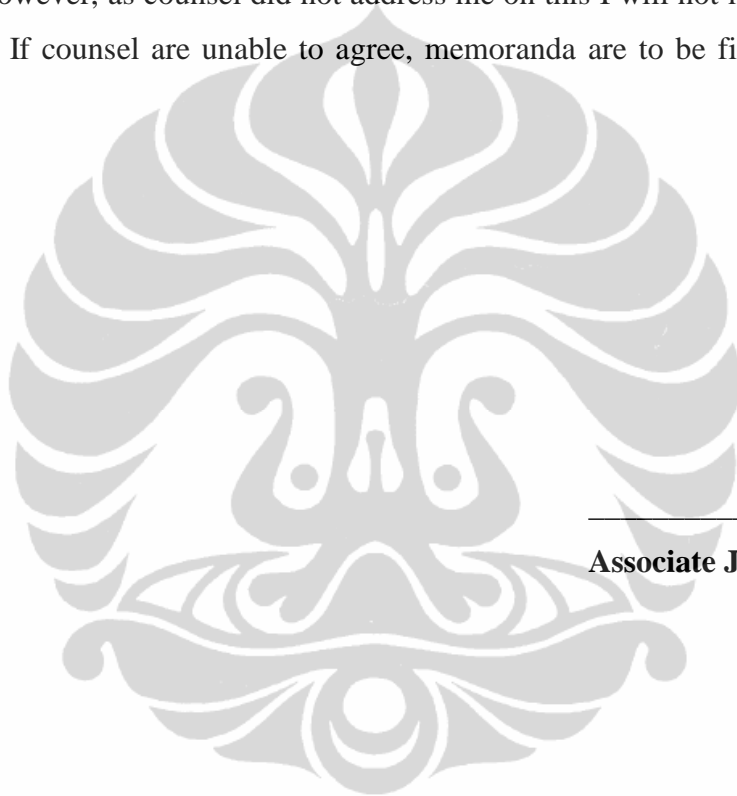
Decision

[50] I am satisfied that clause 24(3) of the franchise agreements requires these disputes to be determined by arbitration if one party so elects. The defendants have so elected. I consider that the plaintiffs claims for breach of the Fair Trading Act are claims touching matters under the franchise agreement and therefore within the ambit of clause 24(3). I am not persuaded that clause 24(3) is inoperative for any of the reasons advanced by the plaintiffs, or that the claims by the third plaintiffs preclude the other claims being determined by arbitration. I do not accept that the defendants should be denied the right to have the disputes determined by arbitration on public policy grounds.

[51] The second defendant is to file and serve a memorandum confirming that he agrees to the disputes against him being determined by arbitration under clause 24(3) at the same time as the claims against the first defendant. He is to do so by 7 August 2009.

[52] The claims by the first and second plaintiffs are to be dismissed, and the claims by the third defendants stayed pending determination of the first and second defendants' claims by arbitration, upon the filing of the memorandum referred to in the last paragraph. The Registrar is to allocate a case management conference for the proceeding if the memorandum is not filed as directed (or within any extension of time that the court may grant).

[53] I am unaware of any reason for costs not to follow the event on a standard scale basis. However, as counsel did not address me on this I will not make an order at this point. If counsel are unable to agree, memoranda are to be filed within 14 days.



Associate Judge Abbott