

**TINJAUAN HPI ATAS SURAT MENTERI KEUANGAN NO:S-
188/MK.016/1996 DALAM KASUS *PATUHA POWER LTD V.*
*REPUBLIC OF INDONESIA***

SKRIPSI

Diajukan sebagai salah satu syarat untuk memperoleh gelar Sarjana

**Ketut Bayu Badra
050200115Y**



**UNIVERSITAS INDONESIA
FAKULTAS HUKUM
PROGRAM KEKHUSUSAN VI
HUKUM TENTANG HUBUNGAN TRANSNASIONAL
DEPOK
JULI 2008**

HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS

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

Nama : Ketut Bayu Badra

NPM : 050200115Y

Tandatangan :

Tanggal : 22 Juli 200

KATA PENGANTAR/UCAPAN TERIMAKASIH

Puji syukur saya panjatkan kepada Tuhan Yang Maha Esa, karena atas berkat rahmat-Nya, saya dapat menyelesaikan skripsi ini, Penulisan skripsi ini dilakukan dalam rangka memenuhi salah satu syarat mencapai gelar Sarjana 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 terimakasih kepada:

- 1) Prof Hikmahanto Juwana, selaku Dekan Fakultas Hukum Universitas Indonesia;
- 2) Ibu Fatmah Jatim, S.H, LL.M, selaku pembimbing pertama saya yang telah banyak menyediakan waktu, tenaga, dan pikiran hingga mengarahkan Skripsi saya agar menjadi lebih baik;
- 3) Mba Tiurma M.P. Alagan, S.H, M.H, selaku pembimbing dua saya yang juga banyak memberikan waktu, tenaga, dan pikiran sehingga memberikan semangat agar Skripsi saya selesai dengan baik;
- 4) Dr. Rudy Satrio, selaku pembimbing akademik saya yang telah banyak membimbing saya selama masa perkuliahan di Fakultas Hukum
- 5) Para Pegawai Perpustakaan yang telah banyak membantu saya untuk mendapatkan bahan referensi;
- 6) Orang tua saya yang selalu tetap percaya pada saya, sehingga memberikan dukungan moril yang luar biasa
- 7) Saudara saya yang telah membantu saya yaitu: Kadek, komang, ika, ani, kode, Deprad, Dede, Dida, Hary, Tista, Bentoel, dll
- 8) Sahabat dan teman saya yang telah membantu saya menyelesaikan skripsi ini yaitu: Agnes Tesha, Leialoha, Desy, Amal, Sura, Panji, Tino, Rikiko, Ricky, Fina, Gesha, Tipoy, Fano, Gembong, Chitra, Artha, Aris, Anggi, Ratih, dll

Akhir kata, saya berharap Tuhan Yang Maha Esa berkenan membalas segala kebaikan semua pihak yang telah membantu. Semoga skripsi ini bermanfaat bagi perkembangan ilmu.

Depok, 22 Juli 2008

Ketut Bayu Badra



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

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

Nama : Ketut Bayu Badra
NPM : 050200115Y
Program Studi : Program kekhususan VI (Hukum Tentang Hubungan Transnasional)
Fakultas : Hukum
Jenis karya : Skripsi

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

Tinjauan HPI Atas Surat Menteri Keuangan no:s-188/mk.016/1996 Dalam kasus *Patuha Power LTD v. Republic of Indonesia*

beserta perangkat yang ada (jika diperlukan). Dengan Hak Bebas Royalti Noneksklusif ini Universitas Indonesia berhak menyimpan, mengalihmedia/formatkan, mengelola dalam bentuk data (*database*), merawat, dan mempublikasikan tugas akhir saya tanpa meminta ijin dari 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 : 22 Juli 2008

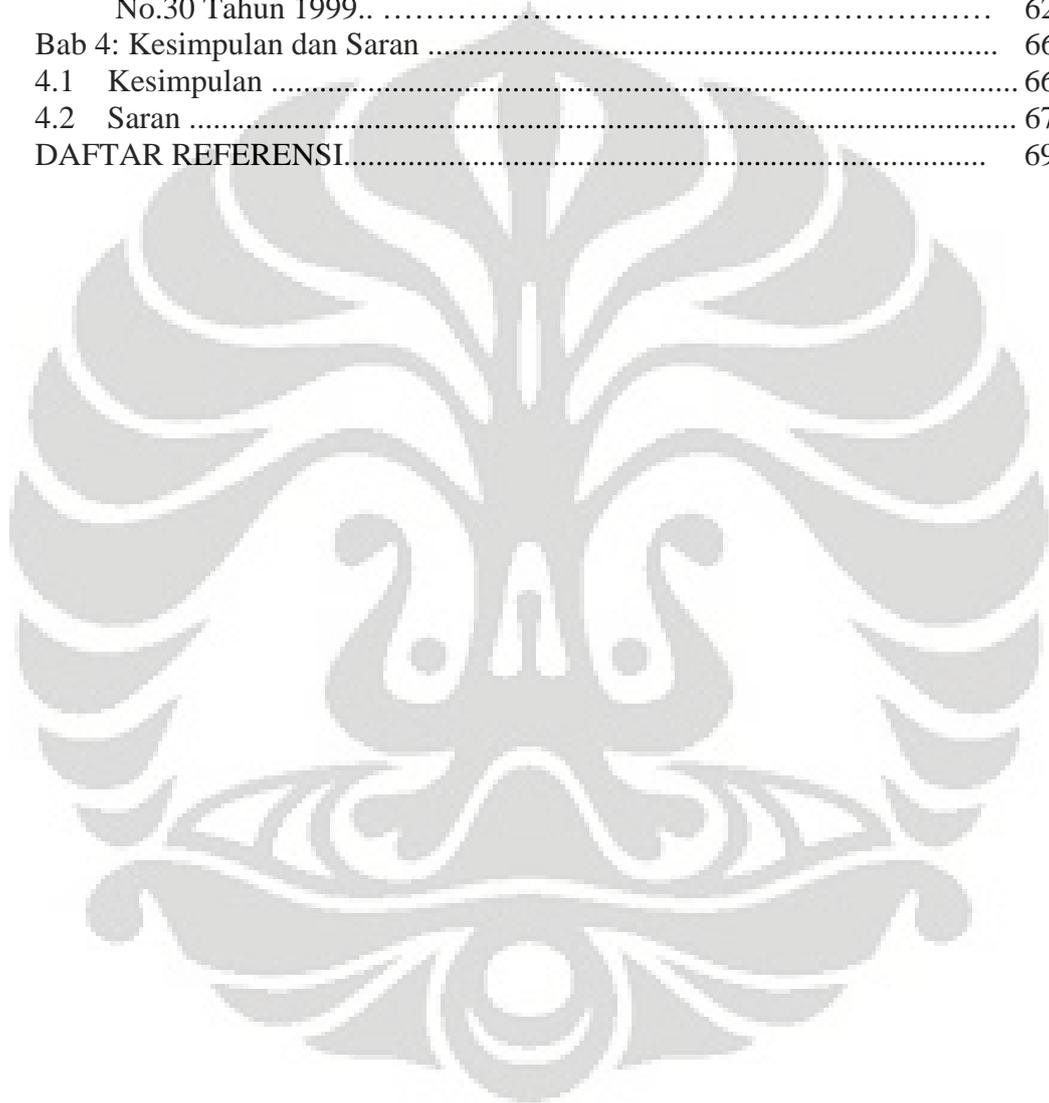
Yang menyatakan

(Ketut Bayu Badra)

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL	i
HALAMAN PERNYATAAN OPRISINALITAS.....	ii
LEMBAR PENGESAHAN	iii
KATA PENGANTAR	iv
LEMBAR PERSETUJUAN PUBLIKASI KARYA ILMIAH	vi
ABSTRAK	vii
DAFTAR ISI	viii
Bab 1: PENDAHULUAN	1
1.1 Latar Belakang Pemilihan Judul	1
1.2 Pokok-pokok Permasalahan	4
1.3 Metode Penelitian	4
1.4 Sistematika Penulisan	6
Bab 2: Hukum Jaminan di Indonesia	8
2.1 Hukum Jaminan dan Hak Kebendaan	9
2.2 Jaminan Penanggungan dan Perjanjian Garansi	11
2.3 Jaminan Pemerintah	16
2.3.1 Kapasitas Pemerintah Dalam Memberikan Jaminan Kepada Investasi Asing	16
2.3.2 Bentuk Jaminan-Jaminan Yang Diberikan Oleh Pemerintah	22
2.3.2.1 Jaminan Pemerintah berdasarkan Peraturan Presiden No. 91 Tahun 2007	22
2.3.2.2 Jaminan Pemerintah Atas Kewajiban Hutang Investor Dalam Proyek Infrastruktur	23
2.3.2.3 Jaminan Untuk Penanaman Modal Asing Melalui Bank Dunia	24
2.3.3 Organ Pemerintah Yang Berhak Memberikan Jaminan Pemerintah	27
Bab 3: Pertanggungjawaban pemerintah atas Surat Menteri Keuangan No:s-188/mk.016/1996 yang diberikan Pemerintah Indonesia Kepada Patuha Power Ltd	30
3.1 Analisa Kasus Putusan Arbitrase Internasional antara <i>Patuha Power Ltd v Republic of Indonesia</i>	30
3.1.1 Kasus Posisi	30
3.1.2 Para Pihak	33
3.1.3 Pertimbangan Arbiter	34
3.1.3.1. Kekuatan mengikat dari Surat Menteri Keuangan No:s-188/Mk.016.1996	34
3.1.3.2. Peraturan yang mengatur Surat Menteri Keuangan No:s-188/Mk.016.1996	39
3.1.3.3. Penugasan dan <i>double jeopardy</i>	44
3.1.3.4. Pelanggaran Kontrak	45
3.2 Aspek – Aspek Hukum Perdata Internasional Dalam Putusan Arbitrase Internasional Antara <i>Patuha Power v</i>	

<i>Republic of Indonesia ..</i>	45
3.2.1 Titik Pertalian Primer	46
3.2.2 Titik Pertalian Sekunder	48
3.2.3 Teori-Teori HPI Lain yang Terkait	48
3.2.3.1 Imunitas Kedaulatan Negara	48
3.3. Tanggungjawab Pemerintah Indonesia terhadap Surat Menteri Keuangan No:s-188/mk.016/1996	58
3.4 Putusan Arbitrase Internasional antara <i>Patuha Power Ltd v</i> <i>Republic of Indonesia</i> ditinjau dari Undang-Undang No.30 Tahun 1999..	62
Bab 4: Kesimpulan dan Saran	66
4.1 Kesimpulan	66
4.2 Saran	67
DAFTAR REFERENSI.....	69



ABSTRAK

Nama : Ketut Bayu Badra
Program Studi : Hukum Tentang Hubungan Transnasional
Judul : Tinjauan HPI Atas Surat Menteri Keuangan no:s-188/mk.016/1996 Dalam kasus *Patuha Power LTD v. Republic of Indonesia*.

Skripsi ini membahas mengenai bentuk Surat Menteri Keuangan No:s-188/MK.016/1996 yang terdapat di dalam Putusan Arbitrase Internasional antara *Patuha Power Ltd v. Republic of Indonesia*, apakah suatu bentuk jaminan atau tidak? Akan dibahas juga bagaimana pertanggungjawaban Pemerintah Indonesia atas Surat Menteri Keuangan No:s-188/MK.016.1996, dan pelaksanaan putusan arbitrase asing tersebut ditinjau dari Undang-Undang No. 30 Tahun 1999. Penelitian menggunakan metode penulisan hukum normatif. Hasil penelitian menyarankan bahwa Pemerintah memerlukan suatu peraturan yang mengatur secara jelas bentuk jaminan pemerintah, dan Pemerintah juga harus mengatur peraturan yang jelas mengenai tindakan negara, agar jelas pertanggungjawaban dari Pemerintah.

Kata Kunci: Jaminan Pemerintah, Pertanggungjawaban Pemerintah, Putusan Arbitrase Internasional

Study Program : Law of Transnasional Relationship
Title : International privat law analysis on Ministre of Finance Letter No:s-188/MK.016.1996 in the case *Patuha Power Ltd v. Republic of Indonesia*

The focus of this study is to know the nature of undertaking in Minister of Finance Letter No:s-188/MK.016.1996 in foreign arbitral award between *Patuha Power Ltd v. Republic of Indonesia*, it is a guarantee or not? This study also see the responsibility of Government of Indonesia in making Minister of Finance Letter No:s-188/MK.016.1996, and how the enforcement of the foreign arbitral award as it the same as in Law Regulation No. 30 Tahun 1999. This research using normative law method. The researches suggest that Government of Indonesia should make a regulation that will make sure what is the government guarantee, Government of Republic Indonesia also need to be clear about state immunity, that will make clear about State Responsibility.

BAB 1

PENDAHULUAN

1.1 Latar Belakang Pemilihan Judul

Pada tanggal 4 April 1996 Pemerintah Indonesia melalui Menteri Keuangan mengeluarkan Surat Menteri Keuangan No:s-188/mk.016/1996 (untuk selanjutnya disebut sebagai SMK No:s-188). SMK No:s-188 ini dikeluarkan berkaitan dengan *Energy Sales Contract* (untuk selanjutnya disebut sebagai *ESC*), dimana dalam *ESC*, pihak PERTAMINA bertindak sebagai penjual (*seller*), *Patuha Power Ltd.* (untuk selanjutnya disebut sebagai *PPL*) sebagai Pemasok dan Kontraktor PERTAMINA (*COMPANY*), dan PLN sebagai Pembeli (*Buyer*) kontrak ini dinamakan proyek Patuha.¹

Pada tahun 1997, Pemerintah Indonesia mengeluarkan Keputusan Presiden No. 39 Tahun 1997 (untuk selanjutnya disebut sebagai Keppres 39/1997) mengenai penundaan terhadap beberapa proyek listrik swasta akibat adanya krisis ekonomi yang terjadi. Dalam kebijakan Pemerintah Indonesia tersebut terdapat beberapa proyek yang harus ditunda pelaksanaannya, dan salah satunya adalah Proyek Patuha. Penundaan ini mengakibatkan PLN tidak bisa melanjutkan kewajibannya sebagaimana diatur dalam kontrak *ESC* yang mengatur proyek Patuha tersebut.

Akhirnya *PPL* mengajukan tuntutan kepada PLN melalui forum arbitrase *ad hoc* dengan menggunakan hukum acara *United Nations Commission*

¹Di dalam kontrak *ESC* pada bagian awal menjelaskan:

“PERJANJIAN JUAL BELI ENERGI ini dibuat di..., oleh dan antara PT. PLN (PERSERO), suatu badan hukum yang didirikan berdasarkan Hukum Republik Indonesia ...sebagai pembeli, PERUSAHAAN PERTAMBANGAN MINYAK DAN GAS BUMI NEGARA,...., sebagai penjual dan PATUHA POWER, LTD., suatu badan hukum yang dibentuk berdasarkan Hukum Bermuda (selanjutnya disebut “COMPANY”) sebagai pemasok dan sebagai kontraktor PERTAMINA berdasarkan Kontrak Operasi Bersama Patuha.

Dijelaskan lebih lanjut di dalam kontrak *ESC* pada Pasal 1 mengenai lingkup dan Pengertian Umum, yaitu:

“Perjanjian ini adalah suatu Perjanjian Jual Beli Energi yang dibuat sesuai dengan Keputusan Presiden No. 22 Tahun 1981, sebagai yang diubah dengan Keputusan Presiden No. 45 Tahun 1991, dan Kontrak Operasi Bersama. PLN selaku pembeli dengan ini menyetujui untuk membeli dari PERTAMINA semua Tenaga Listrik yang dihasilkan oleh sarana Pembangkit Tenaga Listrik. Tenaga Listrik tersebut akan dibangkitkan dari Tenaga Panasbumi yang dihasilkan oleh COMPANY sesuai dengan Kontrak Operasi Bersama.

on *International Trade Law (UNCITRAL) Arbitration Rules*. Arbitrase Internasional tersebut dalam putusannya (selanjutnya akan disebut *PLN Award*) menyatakan bahwa PLN bersalah melakukan pelanggaran (*breach*) atas *ESC*. Dalam *PLN Award*, Arbitral Tribunal menghukum PLN untuk membayar ganti rugi kepada PPL sebesar US\$ 180,570,322 (seratus delapan puluh juta lima ratus tujuh puluh ribu tiga ratus dua puluh dua Dollar AS).

PLN tidak mau mematuhi *PLN Award* tersebut dikarenakan putusan dari *PLN Award* bertentangan dengan ketertiban umum. Maka *PPL* memohon pertanggungjawaban Pemerintah Indonesia, melalui forum arbitrase *ad hoc* dengan menggunakan hukum acara *United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) Arbitration Rules*, karena Pemerintah Indonesia telah mengeluarkan SMK No:s-188 yang dianggap sebagai bentuk jaminan dari Pemerintah Indonesia kepada *PPL*.

Pemerintah Indonesia menolak bahwa SMK No:s-188 menciptakan kewajiban kepada Pemerintah Indonesia untuk melakukan sesuatu. Pemerintah Indonesia hanya menganggap bahwa surat tersebut hanyalah *comfort letter*² yang tidak menciptakan kewajiban hukum yang mengikat.³

Dalam putusan Arbitrase Internasional antara *Patuha Power Limited v Republic of Indonesia*, Arbiter dalam amar putusannya berpendapat lain dengan pendapat Pemerintah Indonesia. Mereka berpendapat anggapan SMK No:s-188 tidak bisa dikategorikan sebagai jaminan yang terdapat dalam Keputusan Presiden No. 37 tahun 1992. Hal tersebut dikarenakan Keputusan Presiden No. 37 Tahun 1992 mengatur mengenai masalah pemberian kredit yang berhubungan dengan kelistrikan sedangkan dalam SMK No:s-188 mengatur mengenai *Special Geothermal Regime*.⁴ Arbitral Tribunal berpendapat SMK No:s-188, bukan

²Kenneth M. Block and Jeffrey B. Steiner, *Comfort Letter: Casual Drafting can Turn One into a Guaranty*, New York Law Journal volume 231-no. 13. *Comfort letter have been discribe as "something more than a letter of introduction, but something less than a guaranty or surety ship commitment"*. New York Law Journal volume 231-no. 13.

³Dalam paragraf 106 di dalam putusan arbitrase internasional, dikatakan: "*The Republic of Indonesia has denied that the MOF Letter was intended to create legal obligation. It contends that it is merely a letter of comfort,*"

⁴Dalam Keputusan Arbitrase Internasional antara *Patuha Power Ltd. v Republic of Indonesia* dalam paragraf 158 mengatakan: "*..The Decree is part of the Electricity Law Regime*

termasuk dalam jaminan penanggungan,⁵ tetapi termasuk dalam perjanjian garansi⁶ yang berdiri sendiri.

Pemerintah dalam mengeluarkan SMK No:s-188 perlu memperhatikan beberapa hal, yaitu:

1. Apakah dengan dikeluarkannya surat tersebut Pemerintah Indonesia telah menjadi subjek hukum perdata, sehingga Pemerintah Indonesia bisa dikenai pertanggungjawaban secara perdata?

2. Apakah Pemerintah Indonesia dalam mengeluarkan SMK No:s-188, bertindak sebagai Negara (*iuri imperii*), jika pada saat itu Pemerintah Indonesia bertindak sebagai Negara, bagaimanakah Imunitas Negara terhadap hal tersebut?

Pada tanggal 31 Juli 2001, mantan Menteri Keuangan Rizal Ramli menandatangani kesepakatan dengan Duta Besar AS, Robert Gelbard, untuk membayar klaim OPIC terhadap PLN.⁷ Sedangkan hingga saat ini, pendaftaran terhadap putusan Arbitrase Internasional mengenai kasus *Patuha Power Ltd. v Republic of Indonesia* belum dilakukan. Apakah hal tersebut telah sesuai dengan Undang-Undang No. 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa. Dalam skripsi ini akan dilihat mengenai prosedur mengenai pengakuan dan pelaksanaan putusan Arbitrase Internasional, dan bagaimanakah status dari Putusan Arbitrase Internasional yang dieksekusi di Indonesia tetapi tidak di daftarkan di Pengadilan Negeri Jakarta Pusat atau Mahkamah Agung.

and is therefore inapplicable to the Claimant's project, which was the subject to the Special Geothermal Regime..”

⁵Perjanjian penanggungan dirumuskan dalam Pasal 1820 K.U.H. Perdata, isinya yaitu: “Penanggungan adalah suatu persetujuan dengan mana pihak ketiga, guna kepentingan si berpiutang, mengikatkan diri untuk memenuhi perikatannya si berhutang, manakala orang ini sendiri tidak dapat memenuhinya”.

⁶J. Satrio, *Hukum Jaminan, Hak-Hak Jaminan Pribadi: Tentang Perjanjian Penanggungan dan Perikatan Tanggung menanggung*, (Bandung: PT.Citra Aditya Bakti:2003) Hal. 7. Perjanjian garansi diatur dalam pasal 1316 K.U.H. Perdata, yang pada intinya merupakan suatu perjanjian, dimana pemberi garansi (*garant*) menjamin, bahwa pihak ketiga akan berbuat sesuatu, yang biasanya berupa tindakan “menutup suatu perjanjian tertentu”.

⁷<<http://dte.gn.apc.org/AIU19.htm>>, diakses 15 juli 2007

Berdasarkan hal tersebut maka penulis memilih judul: **“Tinjauan HPI Atas Surat Menteri Keuangan no:s-188/mk.016/1996 Dalam kasus *Patuha Power LTD v. Republic of Indonesia.*”**

1.2 Pokok-Pokok Permasalahan

Pokok-pokok permasalahan yang akan dibahas dalam skripsi ini adalah sebagai berikut:

1. Apakah Surat Menteri Keuangan no:S-188/mk.016/1996 merupakan bentuk jaminan?
2. Bagaimanakah pertanggungjawaban Pemerintah Indonesia kepada Patuha Power Ltd. Terhadap Surat Menteri Keuangan no:s-188/mk.016/1996?
3. Apakah telah terjadi Pengakuan dan Pelaksanaan Putusan Arbitrase Internasional antara Patuha Power LTD v Republic of Indonesia sesuai dengan Undang-undang No. 30 tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa Dan Konvensi New York 1958?

1.3 Metode Penelitian

Penelitian hukum ini menggunakan metode penulisan hukum normatif.⁸ Karena menggunakan metode penulisan hukum normatif, maka, data yang digunakan adalah data sekunder yang diperoleh dari bahan kepustakaan.⁹ Alat pengumpulan data yang dipergunakan dalam penulisan ini adalah studi dokumen.¹⁰ Dilihat dari kekuatan mengikatnya, data sekunder digolongkan ke dalam sumber-sumber seperti:¹¹

1. Sumber Primer

Yaitu bahan-bahan hukum mengenai:

⁸Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian hukum Normatif, Suatu Tinjauan Singkat [Jakarta: 1985]*, Hal 1.

⁹Soerjono Soekanto, *pengantar penelitian hukum*, cet. 3, (jakarta: UI-Press, 1986), Hal. 11-12.

¹⁰*Ibid.*, Hal. 21.

¹¹*Ibid.*, Hal.30-31.

- a. Undang-undang tentang Arbitrase Dan Alternatif Penyelesaian Sengketa No. 30 tahun 1999, LN No. 138 tahun 1999, TLN NO. 3872.
- b. *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, 1958.
- c. *Convention Establishing The Multilateral Investment Guarantee Agency*, 1985.
- d. Peraturan Presiden No. 91 Tahun 2007 Tentang Perubahan atas Peraturan Presiden Nomor 86 Tahun 2006 tentang Pemberian Jaminan Pemerintah Untuk Percepatan Pembangunan Pembangkit Tenaga Listrik Yang Menggunakan Batubara.
- e. Peraturan Presiden No. 86 tahun 2006 tentang Pemberian Jaminan Pemerintah Untuk Percepatan Pembangkit Tenaga Listrik Yang Menggunakan Batubara.
- f. Peraturan Pemerintah tentang Perusahaan Perseroan (Persero), PP No. 12 Tahun 1998, LN No. 15 Tahun 1998, TLN 3731.
- g. Peraturan Pemerintah No. 23 Tahun 1994 tentang Pengalihan Bentuk Perusahaan Umum (PERUM) Listrik Negara menjadi Perusahaan Perseroan (PERSERO).
- h. Keputusan Presiden No. 39 Tahun 1997 tentang Penangguhan/Pengkajian Kembali Proyek Pemerintah, Badan Usaha Milik Negara, dan Swasta yang Berkaitan dengan Pemerintah/Badan Usaha Milik Negara.
- i. Peraturan Menteri Keuangan Tentang Petunjuk Pelaksanaan Pemberian Jaminan Pemerintah Untuk Percepatan Pembangunan Pembangkit Tenaga Listrik Yang Menggunakan Batubara. PMN No. 146/01/2006.
- j. *Burgerlijk Wetboek* sebagaimana diterjemahkan sebagai Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (terjemahan R. Subekti).
- k. Putusan Arbitrase Internasional antara *Patuha Power Ltd v Republic of Indonesia*.

2. Sumber Sekunder.

Yaitu bahan-bahan yang berkaitan dengan sumber hukum primer, yaitu buku-buku mengenai *state responsibility*, *state immunity*, bentuk-bentuk jaminan,

jaminan-jaminan pemerintah, investasi asing dalam proyek infrastruktur, artikel dari surat kabar harian, jurnal, artikel dari internet, tesis, disertasi dan makalah.

3. Sumber tertier.

Yaitu bahan yang memberikan petunjuk terhadap sumber primer dan sumber sekunder. Dalam penulisan ini yang digunakan adalah kamus, yaitu *Black's Law Dictionary*.

1.4 Sistematika Penulisan

Penulisan ini terdiri dari lima (5) bab yang terkait satu dengan yang lainnya.

Bab Pendahuluan menguraikan tentang latar belakang pemilihan judul, pokok-pokok permasalahan, metode penelitian, dan sistematika penulisan.

Bab 2 akan menguraikan mengenai apa saja bentuk jaminan-jaminan yang terdapat dalam hukum Indonesia, dan juga akan menguraikan mengenai perbedaan antara jaminan perorangan dengan bentuk perjanjian garansi, selain hal tersebut dalam Bab II juga akan memberikan uraian tentang bentuk-bentuk jaminan yang diberikan oleh Pemerintah Indonesia, dan juga akan diberikan penjelasan mengenai organ Pemerintah yang berhak memberikan Jaminan Pemerintah kepada investor asing.

Bab 3 akan diberi paparan mengenai kasus posisi dan putusan arbitrase internasional antara *Patuha Power Ltd v Republic of Indonesia*. Lalu akan dijelaskan mengenai bagaimanakah tanggung jawab Pemerintah terhadap SMK No:s-188 dan pelaksanaan putusan arbitrase internasional antara *Patuha Power Ltd v Republic of Indonesia* ditinjau dari Undang-Undang No. 30 Tahun 1999.

Bab 4 akan diberikan mengenai kesimpulan dan saran yang terdiri dari dua sub bab saja, bab pertama akan memberikan kesimpulan dari tulisan ini dan sub bab ke dua akan memberikan saran-saran yang sekiranya bisa dijadikan pertimbangan oleh Pemerintah Indonesia agar kasus yang sama tidak terulang kembali.

BAB 2

Hukum Jaminan di Indonesia

Istilah hukum jaminan berasal dari terjemahan *zakerheidsstelling* atau *security of law*. Tetapi perumusan hukum jaminan sulit untuk ditemukan, walaupun di dalam literatur terdapat istilah *zakerheidsrechten* yang biasa diterjemahkan menjadi hukum jaminan. Hal ini dikarenakan kata “*recht*” dalam bahasa Belanda dan Jerman bisa mempunyai arti yang bermacam-macam.¹ Pertama ia bisa berarti hukum, tetapi juga bisa berarti hak atau keadilan. Pitlo memberikan perumusan *Zekerheidsrechten* sebagai: hak yang memberikan kepada kreditur kedudukan yang lebih baik daripada kreditur lain.²

Dari apa yang dikemukakan Pitlo tersebut dapat disimpulkan, bahwa kata “*recht*” dalam istilah “*zekerheidsrechten*” berarti “hak”, sehingga *zekerheidsrechten* adalah hak-hak jaminan, bukan “hukum jaminan”.³ Prof Subekti mengatakan “Kalau kita ingin mencari sistem Hukum Jaminan Nasional”, maka yang dimaksudkan adalah mencari kerangka dari seluruh perangkat “peraturan” yang mengatur tentang jaminan dalam hukum nasional di kemudian hari.⁴

Kedudukan yang lebih baik menurut Pitlo tersebut adalah lebih baik di dalam usahanya mendapatkan pemenuhan (pelunasan) piutangnya dibandingkan dengan para kreditur yang tidak mempunyai hak jaminan. Atau dengan kata lain pemenuhan piutangnya lebih terjamin, bukan pasti terjamin. Jadi menurut J. Satrio

¹J. Satrio(a), *Hukum Jaminan, Hak-Hak Jaminan Kebendaan*, (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2002), Hal. 2.

²*Ibid.*, Hal. 3.

³ *Ibid.*, Hal. 3.

⁴ Subekti, *Suatu Tinjauan tentang Sistem Hukum Jaminan Nasional*, Dimuat dalam seminar hukum jaminan, B.P.H.N. Dept. Kehakiman, tanggal 9 s.d. 11 Oktober 1978 di Yogyakarta, Cetakan I, Tahun 1981. Lihat juga di J. Satrio(a). *Op. Cit.*, Hal 3.

hukum jaminan mengatur tentang jaminan piutang seseorang.⁵ Sedangkan menurut H. Salim H.S. Hukum jaminan adalah keseluruhan kaidah-kaidah hukum yang mengatur hubungan hukum antara pemberi dan penerima jaminan dalam kaitannya dengan pembebanan jaminan untuk mendapatkan fasilitas kredit.⁶

2.1 Hukum Jaminan dan Hak Kebendaan

Jaminan yang diatur dalam buku II KUH Perdata pada dasarnya menganut sistem tertutup, dalam arti, bahwa di luar yang secara limitatif ditentukan di sana tidak dikenal lagi hak-hak kebendaan yang lain dan para pihak tidak bebas untuk memperjanjikan atau menciptakan hak kebendaan yang baru.⁷ Prinsip hukum jaminan yang disebut dalam pasal 1131 dan 1132 KUH Perdata adalah:

“Segala kebendaan si berhutang baik yang bergerak maupun yang tidak bergerak baik yang sudah ada maupun yang baru akan ada di kemudian hari, menjadi tanggungan untuk segala perikatan perseorangan”.⁸

“Kebendaan tersebut menjadi jaminan bersama-sama bagi semua orang yang mengutangkan padanya; pendapatan penjualan benda-benda itu dibagi-bagi menurut keseimbangan, yaitu menurut besar kecilnya piutang masing-masing, kecuali apabila diantara berpiutang itu ada alasan-alasan yang sah untuk didahulukan”.⁹

Sedangkan berdasarkan jenisnya jaminan di bagi menjadi 2, yaitu: Jaminan kebendaan dan jaminan perorangan. Sri Soedewi Masjchoen Sofwan dari hasil Seminar Badan Pembinaan Hukum Nasional yang diselenggarakan di Yogyakarta, mengemukakan pengertian jaminan materiil (kebendaan) dan jaminan immaterial (perorangan):

⁵ J. Satrio(a), *Op. Cit.*, Hal. 3.

⁶H. Salim HS, *Perkembangan Hukum Jaminan Di Indonesia*, (Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2004), Hal. 6.

⁷ J. Satrio(a). *Op. Cit.*, Hal. 5.

⁸ Kitab Undang-Undang Hukum Perdata. Pasal 1131.

⁹ Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, Pasal 1132.

“jaminan materiil (kebendaan) adalah jaminan yang berupa hak mutlak atas suatu benda yang mempunyai ciri-ciri yaitu mempunyai hubungan langsung atas benda tertentu, dapat dipertahankan terhadap siapapun, selalu mengikuti bendanya dan dapat dipertahankan terhadap siapapun, selalu mengikuti bendanya dan dapat dialihkan. Sedangkan jaminan immaterial (perorangan) adalah jaminan yang menimbulkan hubungan langsung pada perorangan tertentu, hanya dapat dipertahankan terhadap debitur tertentu, terhadap harta kekayaan debitur umumnya.”

Berdasarkan uraian tersebut unsur-unsur yang terdapat dalam jaminan materiil (kebendaan) adalah:¹⁰

1. Hak mutlak atas suatu benda;
2. mempunyai hubungan langsung atas benda tertentu;
3. dapat dipertahankan terhadap siapapun;
4. selalu mengikuti bendanya;
5. dapat dialihkan pada pihak lainnya.

Sedangkan unsur-unsur yang tercantum dalam jaminan materiil (perorangan) adalah:¹¹

1. mempunyai hubungan langsung pada orang tertentu;
2. hanya dapat dipertahankan debitur tertentu;
3. terhadap harta kekayaan debitur umumnya.

Jenis-jenis jaminan immateriil yang berlaku saat ini adalah:

1. *borg*,
2. tanggung menanggung,
3. garansi bank.¹²

1.2 Jaminan Penanggungan dan Perjanjian Garansi

Para sarjana banyak yang sudah menterjemahkan “*borgtoch*” sebagai terjemahan dari istilah “penanggungan” atau “perjanjian penanggungan”.¹³ Dalam

¹⁰ Joesoef Iwan E(a), *Jaminan Pemerintah (Negara) atas kewajiban Hutang Investor Dalam Proyek Infrastruktur*. (Jakarta: PT. Citra Marga Nusaphala Persada Tbk, 2005), Hal. 35.

¹¹ *Ibid.*, Hal 35.

¹² H. Salim H.S, *Op. Cit.*, Hal. 9.

penulisan ini untuk istilah “penanggungan” dan “perjanjian penanggungan” akan digunakan untuk “*borgtocht*” sedang untuk orang yang memberi penanggungan akan digunakan istilah “*borg*”.

Jaminan penanggungan adalah suatu jaminan dari pihak ketiga dimana ia menyatakan kesanggupan untuk menanggung pelaksanaan perjanjian sedemikian rupa, sehingga apabila si berwajib tidak memenuhi janji, dialah yang akan melaksanakan pemenuhan perjanjian tersebut.¹⁴ Dalam perjanjian ini pihak ketiga guna kepentingan si berpiutang mengikatkan diri untuk memenuhi perikatannya berutang, manakala orang itu sendiri tidak dapat memenuhinya atau wanprestasi.

Perjanjian penanggungan mempunyai ciri yang khas yaitu unsur formal tertentu, yaitu bahwa *borg* menjamin pelaksanaan prestasi orang lain.¹⁵ Dalam perjanjian penanggungan ini isi prestasi bisa bermacam-macam, bergantung dari apa yang ditinggalkan debitur tidak dipenuhi atau berupa janji ganti rugi senilai itu.

Di dalam KUHPerdara, penanggungan diatur dalam pasal 1820 KUHPerdara dan selanjutnya, dan pasal 1820 KUHPerdara memberikan perumusan penanggungan sebagai berikut:

“penanggungan adalah suatu persetujuan dengan mana seorang pihak ketiga, guna kepentingan si berpiutang, mengikatkan diri untuk memenuhi perikatannya si berhutang, manakala orang ini sendiri tidak memenuhinya”.

Terdapat beberapa unsur perumusan yang tampak dan perlu mendapatkan perhatian, adalah:¹⁶

- 1) Penanggungan merupakan suatu perjanjian;
- 2) *Borg* adalah pihak ketiga;
- 3) Penanggungan diberikan demi kepentingan kreditur;

¹³ J. Satrio(b), *Hukum Jaminan, Hak-hak Jaminan Pribadi: Tentang Perjanjian Penanggungan dan Perikatan Tanggung Menanggung*, (Jakarta:PT Citra Aditya Bakti, 2003), Hal. 12.

¹⁴ Wirjono Prodjodikoro, *Hukum Perdata tentang Persetujuan-persetujuan Tertentu*, (Jakarta: Sumur Bandung, 1972), Hal. 163.

¹⁵ J. Satrio(b), *Op. Cit.*, Hal. 11.

¹⁶ *Ibid.*, Hal. 12.

- 4) *Borg* mengikatkan diri untuk memenuhi perikatan debitur, kalau debitur wanprestasi;
- 5) Ada perjanjian bersyarat.

Berdasarkan hal tersebut, Gunawan Widjaja dan Kartini Muljadi mengatakan unsur-unsur essensialia dari penanggungan adalah:¹⁷

- 1) Penanggungan utang diberikan untuk kepentingan kreditur;
- 2) Utang yang ditanggung tersebut haruslah suatu kewajiban, prestasi, atau perikatan yang sah demi hukum;
- 3) Kewajiban penanggung untuk memenuhi atau melaksanakan kewajiban debitur baru ada segera setelah debitur wanprestasi.

Dengan tegas dikatakan dalam pasal 1820, bahwa penanggungan didasarkan atas suatu perjanjian, dan perjanjian yang dimaksud adalah perjanjian antara kreditur dengan pemberi jaminan pribadi (*borg*). Karena itu perjanjian penanggungan harus memenuhi unsur Pasal 1320 KUHPerdara,¹⁸ agar menjadi perjanjian yang sah; sah dalam arti bahwa hanya atas persetujuan kedua belah pihak yang bersangkutan saja, perjanjian penanggungan dapat dibatalkan.¹⁹ Dengan tidak mengurangi bahwa perjanjian itu batal jika perjanjian pokoknya telah hapus.²⁰

Dalam Pasal 1822 KUHPerdara dijelaskan bahwa besarnya nilai penanggungan dapat ditentukan secara bebas oleh para pihak, selama dan sepanjang ketentuan penanggungan itu sendiri tidak jauh lebih berat, atau besarnya penanggungan tidak lebih besar dari utangnya debitur pokok. Hal ini adalah konsekwensi dari sifat *accessoir* perjanjian penanggungan. Tidak mungkin

¹⁷Gunawan Widjaja dan Kartini Muljadi, *Penanggungan Utang Dan Perikatan Tanggung Menanggung*, (Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, Jakarta), Hal. 16.

¹⁸Untuk sahnya suatu perjanjian, diperlukan empat syarat:

1. kesepakatan mereka yang mengikatkan dirinya;
2. kecakapan untuk membuat suatu perikatan;
3. suatu hal tertentu;
4. suatu sebab yang tidak terlarang.

Sumber: *Ibid.*, Hal. 14.

¹⁹ *Ibid.*, Hal. 13.

²⁰ Karena sebenarnya perjanjian penanggungan itu sifatnya *accessoir*, sehingga ia bergantung dari perikatan pokok yang ditanggung. Sumber: J. Satrio (b), *Op. Cit.*, Hal. 13.

seorang penanggung, dapat menanggung utang yang tidak pernah ada, ataupun untuk sesuatu yang oleh debitur pokok sendiri tidak telah diperjanjikan. Walaupun demikian karena ketentuan ini bukanlah unsur essentialia, maka pelanggaran terhadap ketentuan ini tidaklah batal demi hukum, melainkan hanya sebatas tidak berlakunya ketentuan yang lebih berat tersebut.²¹

Berdasarkan pasal 1820 KUHPerdara, perjanjian penanggungan lahir manakala debitur cidera janji untuk tidak memenuhi kewajibannya. Ditambahkan dalam pasal 1831 debitur mempunyai hak istimewa, dimana membawa akibat hukum bahwa penanggung tidak diwajibkan untuk melunasi kewajiban debitur kepada kreditur sebelum ternyata harta kekayaan debitur yang cedera janji tersebut, yang ditunjuk oleh penanggung, telah disita dan dijual, dan hasil penjualan harta kekayaan debitur tersebut tidak mencukupi untuk memenuhi kewajiban debitur kepada kreditur.²²

Seperti pada perjanjian pada umumnya, maka berdasarkan pasal 1320, sepakat yang diberikan pada perjanjian penanggungan juga harus diberikan dalam keadaan bebas. Tidak ada cacat dalam kehendak yang berupa kesesatan, paksaan, penipuan (pasal 1321-1328 KUHPerdara), dan para pihaknya juga cakap untuk menutup perjanjian (pasal 1320 sub 2 jo pasal 1329 dan 1330 KUH Perdata).²³ Pasal 1820 KUHPerdara menyatakan bahwa “penanggungan tidak dipersangkakan, tetapi harus diadakan dengan tegas”. Maksudnya harus dinyatakan dengan jelas dan tidak meragukan.²⁴

Bentuk perjanjian penanggungan menurut undang-undang adalah berbentuk bebas, meskipun dalam praktek senantiasa berbentuk tertulis, tercantum dalam formulir-formulir tertentu dari Bank maupun tertuang dalam akta notaris.²⁵ Hapusnya penanggungan diatur dalam pasal 1845 sampai dengan pasal 1850 KUHPerdara. Di dalam pasal 1845 KUHPerdara disebutkan bahwa perikatan

²¹Gunawan Midjaja dan Kartini Muljadi, *Op. Cit*, Hal. 22-23.

²²*Ibid.*, Hal. 24-25.

²³ J Satrio(b), *Op.*, *Cit*, Hal. 15.

²⁴ *Ibid.*, Hal. 17.

²⁵ Sri Soedewi, *Op. Cit.*, Hal. 83.

timbul karena penanggungan, hapus karena sebab-sebab yang sama dengan yang menyebabkan berakhirnya perikatan lainnya.²⁶

Di dalam pasal 1381 KUHPerdara ditentukan 10 cara berakhirnya perjanjian penanggungan utang, yaitu pembayaran, penawaran pembayaran tunai, diikuti dengan penyimpanan dan penitipan, pembaruan utang, kompensasi, pencampuran utang, pembebasan utang, musnahnya barang yang terutang, kebatalan atau pembatalan, dan berlakunya syarat pembatalan.²⁷ Perjanjian penanggungan ini sering dikacaukan dengan asuransi kredit. Kedudukan dari penanggung adalah berbeda dengan *verzekeraar* pada perjanjian asuransi. Karena pada perjanjian asuransi pihak yang menanggung mempunyai kewajiban untuk mengganti kerugian yang diderita si tertanggung, kewajiban mana adalah berdiri sendiri. Sedang pada perjanjian penanggungan kewajiban untuk memenuhi perjanjian itu adalah bersifat subsidair yaitu kewajiban untuk memenuhi prestasi dalam hal debitur tidak dapat memenuhinya.²⁸

Perjanjian Garansi

Dalam Pasal 1316 KUH Perdata terdapat pengaturan mengenai perjanjian garansi, yang pada intinya merupakan suatu perjanjian, dimana pemberi garansi (*garant*) menjamin, bahwa seorang pihak ketiga akan berbuat sesuatu, yang biasanya (tetapi tidak selalu dan tidak harus) berupa tindakan “menutup suatu perjanjian tertentu”. Seorang pemberi garansi mengikatkan diri secara bersyarat, untuk memberikan ganti rugi, kalau pihak ketiga (yang dijamin) tidak melakukan perbuatan, untuk mana ia memberikan garansinya.²⁹

J. Satrio SH memberikan perbedaan antara perjanjian garansi dengan perjanjian perorangan, walau terkadang sulit membedakannya, tetapi ada satu ciri yang biasanya dikemukakan sebagai dasar perbedaan, yaitu, Perjanjian Garansi

²⁶H Salim HS, *Op. Cit.*, Hal. 221.

²⁷*Ibid.*, Hal. 222.

²⁸Sri Soedewi, *Op. Cit.*, Hal. 83.

²⁹ J. Satrio(b), *Op. Cit.*, Hal. 11.

merupakan perjanjian yang berdiri sendiri,³⁰ sedang perjanjian penanggungan bersifat *accessoir*. Perjanjian perorangan akan ada bila ada perikatan lain (yang dijamin) maka dalam perjanjian garansi tidak ada syarat seperti itu, bahkan pada umumnya perjanjian garansi justru diberikan sebelum pihak ketiga yang dijamin terikat.³¹ Ciri pembeda lainnya adalah, pada umumnya jarang suatu perjanjian, yang menanggung pemenuhan isi kewajiban lain daripada pembayaran sejumlah uang, yang dikualifisir sebagai perjanjian penanggungan; dan biasanya perjanjian yang mengatakan “akan dilakukannya sesuatu” atau “tidak dilakukannya sesuatu” oleh pihak ketiga, dapat dikualifikasikan sebagai perjanjian garansi.³²

Perjanjian penanggungan juga hampir mirip dengan perjanjian garansi (pasal 1316 KUHPerdara) yaitu sama-sama adanya pihak ketiga yang berkewajiban memenuhi prestasi. Hanya perbedaannya adalah bahwa pada perjanjian garansi adanya kewajiban demikian tercantum dalam perjanjian pokok yang berdiri sendiri, dimana seorang berjanji untuk menanggung kerugian yang akan diderita pihak lawannya, manakala pihak ketiga tidak memenuhinya. Sedangkan perjanjian penanggungan (*borgtocht*) adanya kewajiban untuk memenuhi prestasi dari penanggung (manakala debitur wanprestasi) tercantum dalam perjanjian *accessoir*. Perbedaan yang lain adalah bahwa pada perjanjian garansi kewajiban yang harus dipenuhi guna pihak ketiga itu berwujud kewajiban penggantian kerugian, sedangkan kewajiban pada penanggungan berupa kewajiban memenuhi prestasi.³³

2.3 Jaminan Pemerintah

³⁰ *Ibid.*, Hal. 12.

³¹ *Ibid.*, Hal. 9.

³² *Ibid.*, Hal. 10.

³³ Sri Soedewi, *Op. Cit.*, Hal. 83.

2.3.1 Kapasitas Pemerintah Dalam Memberikan Jaminan Kepada Investasi Asing

Tidak dapat dipungkiri bahwa pemerintah dalam kegiatan sehari-hari melakukan tindakan bisnis dengan pihak non-pemerintah. Pemerintah, misalnya perlu membeli barang atau jasa dalam rangka menjalankan tugasnya sehari-hari. Barang yang dibutuhkan dapat berupa alat tulis kerja, komputer, kendaraan, pesawat udara, peralatan perang, dan banyak lagi.³⁴ Dalam pengadaan barang atau jasa atau transaksi bisnis, pemerintah akan menandai hubungan hukum dengan mitranya dalam sebuah kontrak. Dengan kata lain Pemerintah menjadi pihak dalam sebuah kontrak bisnis. Sebagai contoh Departemen Pertahanan pada saat ia akan membeli sebuah pesawat tempur maka ia akan menandatangani kontrak pembelian dengan pihak yang memasok pesawat perang tersebut.³⁵

Dari hal tersebut terlihat pemerintah memosisikan dirinya sebagai pihak dalam kontrak bisnis. Kontrak bisnis ini bukanlah kontrak bisnis yang biasa, karena salah satu pihaknya adalah Pemerintah. Dimana Pemerintah bertindak sebagai regulator, yang mempunyai kedudukan yang “lebih tinggi” dari individu ataupun badan hukum. Hal ini berbeda dengan konsep hukum perjanjian dimana para pihak diasumsikan memiliki kedudukan yang sejajar. Artinya hubungan antara para pihak, termasuk Pemerintah, yang mengikatkan diri dalam kontrak bisnis yang bersifat horizontal (koordinatif) dan tidak bersifat vertikal (subordinatif). Karena itu Prof. Hikmahanto Juwana mengatakan, kontrak bisnis dimana salah satu pihaknya adalah Pemerintah adalah “Kontrak Bisnis yang Berdimensi Publik”.³⁶

Tetapi apabila kontrak bisnis dimana salah satu pihaknya adalah Badan Usaha Milik Negara (untuk selanjutnya akan disebut BUMN) maka kontrak tersebut bukanlah termasuk dalam pengertian kontrak bisnis yang berdimensi

³⁴ Hikmahanto Juwana, *Bunga Rampai Hukum Ekonomi dan Hukum Internasional*. (Jakarta: Lentera Hati, 2001), Hal. 41.

³⁵ *Ibid.*, Hal. 42.

³⁶ Hikmahanto Juwana, *Op. Cit.*, Hal. 40

publik. Hal ini mengingat bahwa BUMN adalah subjek hukum dalam hukum perdata, walaupun kepemilikannya ada di tangan pemerintah/Negara.³⁷

Apabila Pemerintah melakukan kontrak bisnis berdimensi publik, pemerintah tidak dapat memposisikan dirinya untuk berada diatas mitranya. Pemerintah mempunyai kedudukan sejajar dengan mitranya dalam hal pemenuhan hak dan kewajiban yang tertuang dalam kontrak yang disepakati.

Pemerintah yang melakukan kontrak bisnis yang berdimensi publik dianggap sebagai subjek hukum perdata. Sebagai subjek hukum perdata menurut Apeldorn, dia merupakan badan hukum.³⁸ Di Indonesia dasar hukum yang menyatakan bahwa Pemerintah merupakan Badan Hukum terdapat dalam Pasal 1653 KUHPperdata. Pasal 1653 menyebutkan:³⁹

“Selain perseroan perdata sejati oleh undang-undang diakui pula perhimpunan-perhimpunan orang sebagai perkumpulan, baik perkumpulan-perkumpulan itu diadakan atau diakui secara demikian oleh kekuasaan umum, maupun perkumpulan-perkumpulan itu diterima sebagai diperbolehkan, atau telah didirikan untuk suatu maksud tertentu yang tidak bertentangan dengan undang-undang atau kesusilaan yang baik”.

Menurut Achmad Ichsan,⁴⁰ ada tiga jenis badan hukum yang terdapat dalam pasal 1653 KUHPperdata, yaitu: (a) Badan Hukum yang didirikan Pemerintah termasuk didalamnya badan-badan hukum publik seperti Propinsi, Daerah Swapraja, Kabupaten dan lain sebagainya, (b) badan hukum yang diakui pemerintah, (c) badan hukum yang didirikan partikelir, (d) badan hukum yang didirikan (diadakan) oleh kekuasaan umum. Dan pemerintah merupakan jenis badan hukum yang keempat.⁴¹

³⁷*Ibid.*, Hal. 40.

³⁸ Apeldorn dalam bukunya mengatakan bahwa negara, propinsi, kotapraja, dan lain sebagainya adalah Badan Hukum Hanya saja pendiriannya tidak dilakukan secara khusus melainkan tumbuh secara historis. Sumber: Hikmahanto Juwana, *Op. Cit.*, Hal 42.

³⁹ Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.

⁴⁰ Achmad Ichsan, *Dunia Usaha Indonesia*. (Jakarta: Pradnya Paramita, 1989), Hal. 59.

⁴¹ Joesoef Iwan E(b), *Op. Cit.*, Hal. 28.

Sebagai Badan Hukum Perdata, Pemerintah dapat digugat ataupun menggugat di pengadilan perdata maupun di Arbitrase. Di Inggris Pemerintah juga pernah digugat dalam pengadilan perdata, dimana pemerintah (disebut sebagai *Crown*) yang menjadi pihak dalam kontrak bisnis diminta pertanggungjawabannya karena wanprestasi.⁴²

Tetapi Pemerintah tidak bisa secara langsung bisa diminta pertanggungjawabannya dihadapan Pengadilan Asing. Harus terdapat perbedaan antara Negara yang bertindak sebagai pedagang (*acts jure gestionis*) dengan tindakan Negara yang melakukan kegiatan pemerintahan (*acts jure imperii*).⁴³ Hal ini berkaitan dengan apakah tindakan suatu negara dapat diuji keabsahannya oleh hakim negara lain yang tergantung kepada kualitas negara dalam penampakan dirinya.⁴⁴ Sehingga tidak semua kontrak bisnis yang berdimensi publik bisa diajukan ke pengadilan asing.

Di negara-negara Anglo Saxon pada permulaannya Hakim memegang teguh pada kedua doktrin imunitas yaitu *iure imperii* dan *iure gestionis*. Apabila suatu perbuatan berasal dari suatu negara berdaulat yang diakui oleh pemerintah negara mereka, maka hakim di negara Anglo Saxon merasa tidak mempunyai wewenang untuk mengadakan pengujian terhadap tindakan negara itu (yang telah dilakukannya sebagai negara yang berdaulat). Dengan demikian apakah negara tersebut bertindak dalam kualitasnya sebagai "*iure imperii*", atautkah negara tersebut bertindak sebagai suatu entitas yang melakukan tindakan perdata sebagaimana perorangan sehingga berada dalam kualitas "*iure gestiones*" akan tergantung pada kualitas negara dalam penampakan dirinya.⁴⁵

⁴²Joesoef Iwan E(b), *Op. Cit.*, Hal 26. lihat juga di Hikmahanto Juwana, Dikatakan oleh Marsh dan Soulsby bahwa, *in contract...., the Crown can be liable, particularly for commercial agreement*, lihat: S.B. Marsh dan J. Soulsby, 1920. *Business Law*. 5th ed. England McGraw-Hill Book Company Europe. Hal. 61.

⁴³ Tetapi Pengadilan sulit menentukan kapan pemerintah menjalankan kegiatan komersial dan kapan dia menjalankan kegiatan pemerintahan. Hikmahanto Juwana. *Op. Cit.*, Hal. 42.

⁴⁴ Yudha Bakti Ardhiwisastra, *Perkembangan Penerapan Imunitas Kedaulatan Negara Dalam Penyelesaian Perkara Di Forum Pengadilan. (Studi Perbandingan Atas Praktek Indonesia Di Forum Pengadilan Asing)*. Disertasi. pada Universitas Padjadjaran, (Bandung: FH Universitas Padjadjaran, 1995), Hal. 189.

⁴⁵*Ibid.*, Hal 190.

Dalam Perkara OPEC (*Organization of Petroleum Exporting Countries*)(tergugat) lawan IAM (*International Association of Machinist and Aerospace Workers*) (penggugat) dapat dilihat bahwa suatu tindakan biasa dapat dianggap sebagai kegiatan perdagangan namun perbuatan tersebut dapat pula dianggap secara politis sebagai suatu tindakan untuk mengatur pemakaian semaksimal mungkin dan seefektif mungkin kekayaan alam negara-negara OPEC. Karena harga minyak dalam perkara tersebut dianggap sangat sensitif ditinjau dari segi politik.⁴⁶ Disini negara-negara anggota OPEC melakukan perbuatannya itu untuk kesejahteraan dan pembiayaan pembangunan negerinya, jadi merupakan posisi negara dalam kualitas “*iure imperii*”.⁴⁷

Di dalam kasus tersebut pengadilan Distrik Amerika Serikat telah memberikan keputusan yang menguntungkan pihak tergugat. Gugatan IAM tidak berhasil dan pengadilan tidak mempunyai dasar untuk menuntut berdasarkan *Anti Trust Laws* Amerika Serikat. Dikemukakan oleh Pengadilan bahwa Negara-Negara OPEC menciptakan organisasi ini memperoleh hasil ekonomi yang terbaik dari sumber alam mereka dengan demikian diharapkan negara-negara OPEC dapat memperbaiki kedudukan ekonomis tertentu sehingga menjadi negara maju yang tidak terus berada dalam taraf kemiskinan.⁴⁸ “*The OPEC Nations have organized to obtain the greatest possible economic returns for special resource which they hope will remove them from the ranks of the underdeveloped and poverty plane*”, demikian diktum dalam putusan tersebut.⁴⁹

Selain itu kualitas “*iure imperii*” dapat juga ditentukan melalui organ-organnya diluar negara yang melekatkan diri kepadanya. Sudah barang tentu kelekatkan ini harus dibuktikan dengan seperangkat peraturan negara yang dimiliki, disamping organ-organ negara tersebut dapat membuktikan bahwa tindakan yang dilakukannya merupakan bagian integral dari pelaksanaan fungsi-fungsi

⁴⁶ Sudargo Gautama(a), *Soal-soal Aktual Hukum Perdata Internasional* (Bandung: Alumni, 1981) Hal. 178. Lihat juga Yudha Bakti Ardiwisastro, *Op. Cit.*, Hal. 190.

⁴⁷ Yudha Bakti Ardiwisastro, *Op. Cit.*, Hal. 190.

⁴⁸ *Ibid.*, Hal. 189-190.

⁴⁹ Sudargo Gautama(a), *Op. Cit.*, Hal 178. Lihat juga dalam Yudha Bakthi Ardiwisastro, *Op. Cit.*, Hal. 190.

pemerintah berdaulat. Disini terjadi pemberian imunitas oleh negara (*immunity granted*).⁵⁰

Biasanya suatu negara akan memberikan batasan-batasan terhadap tindakan apa saja dimana mereka tidak mempunyai suatu immunitas.⁵¹ Walaupun di beberapa negara ada yang menetapkan standar khusus mengenai adanya suatu *absolute immunity*, tetapi tidak pernah ada kesepakatan di dalam dunia internasional bahwa *absolute immunity* ini diakui.⁵²

Selain dilihat dari kualitas negara dalam penampakan dirinya, mengenai kontrak bisnis berdimensi publik ini, di dalam dunia internasional terdapat hal lain dimana Pemerintah bisa diminta pertanggungjawabannya (apakah dia mempunyai imunitas atau tidak) dalam hal kontrak bisnis yang dia lakukan, hal ini dilihat dari apakah tindakan pemerintah tersebut tindakan komersial atau non-komersial.⁵³

Di Inggris terdapat *British State Immunity Act 1978*, dimana dalam Peraturan tersebut diberikan tindakan apa saja yang termasuk dalam tindakan komersial atau tidak, yaitu:⁵⁴

- a) semua kontrak yang berhubungan dengan perdagangan barang atau jasa
- b) semua pinjaman atau transaksi lainnya yang digunakan untuk sebuah peraturan keuangan dan juga semua jaminan atau *indemnity* yang berhubungan dengan transaksi sejenis jaminan atau semua hal yang berhubungan dengan kewajiban yang mempunyai nilai finansial; dan
- c) semua transaksi (baik komersial, masalah industri, keuangan, keprofesionalitas atau semua hal yang sejenis) dimana negara menjadi salah satu pihak tetapi tindakannya tidak merupakan suatu kegiatan atas kedaulatan yang dia punya.

⁵⁰ Yudha Bakthi Ardhiwisastra., *Op. Cit.*, Hal. 197.

⁵¹Untuk lebih jelasnya lihat. ICSID Case No. ARB/02/8 between Siemens A.G. And Republic of Argentine.

⁵²AustriaPage, <Austria pagehttp :www.coe.int /t /e/legal _ffairs/egal _affairs/legal _coroperation / publi c_internastional _ law/ state _ immunities / documents/ cahdi %20 (2005) %20bil%20 partI%20A ustria.pdf.> ,diakses pada tanggal 7 desember 2007.

⁵³Hal. 65.

⁵⁴State Immunity Act 1978, Section 3, Art. (3).

Dalam *British State Immunity Act* tidak semua kegiatan yang komersial Negara tidak mempunyai kedaulatan, apabila Negara melakukan kegiatan komersial dalam hal jual beli senjata perang yang dilakukan angkatan bersenjata suatu Negara dimana transaksi tersebut didalam yurisdiksi Inggris, maka negara mempunyai immunitas.⁵⁵ Hal ini berbeda dengan apa yang terdapat di Jerman dengan *Arms Sales Commision Agreement*, menganggap transaksi jual beli senjata perang yang dilakukan negara asing dianggap sebagai suatu tindakan komersial dimana negara tidak mempunyai imunitas.⁵⁶

Karena terdapat kesulitan untuk menentukan apakah dalam suatu kontrak bisnis tersebut pemerintah melakukan aktifitas komersial atau tidak, maka terdapat sebuah pendekatan yang bisa digunakan sebagai tahap awal untuk penentuan apakah transaksi bisnis itu merupakan komersial atau tidak, yaitu: mencari identifikasi yang paling dekat dimana harus mempunyai aspek legal, tetapi jangan mencari motif tersembunyi dari suatu negara yang melakukan kontrak.⁵⁷

Dalam kontrak bisnis berdimensi publik, Pemerintah tidak selalu bisa digugat dalam pengadilan Asing atau lokal, semua terkandung pada kualitas Negara dalam melakukan kontrak tersebut, selain itu terdapat pula penentuan suatu tindakan komersial atau non-komersial sebagai penentuan apakah Negara mempunyai immunitas atau tidak dalam kontrak bisnis berdimensi Publik tersebut. Tetapi bagaimanakah dalam Arbitrase? Mengenai masalah arbitrase terhadap imunitas suatu negara, *United Nation International Legal Commision Draft on State Imunity Act* menyarankan adanya *waiver of the immunity* dari suatu negara yang akan memakai arbitrase sebagai penyelesaian sengketa mereka, hal ini berbeda dengan *British state immunity Act* dimana pada saat negara setuju menggunakan arbitrase sebagai penyelesaian sengketa, mereka tidak mempunyai imunitas⁵⁸. Tetapi bagaimanapun sekali negara sudah menyatakan akan memakai

⁵⁵British State Immunity Act 1978, Section 16, Art. 2.

⁵⁶*Ibid.*, Hal. 18.

⁵⁷*Ibid.*, Hal. 21.

⁵⁸British State Immunity Act 1978, Section 9.

arbitrase dalam penyelesaian sengketa maka mereka tidak punya imunitas sama sekali.⁵⁹

Seperti dijelaskan sebelumnya bahwa Pemerintah merupakan badan hukum, karena itu Negara bisa melakukan aktifitas di bidang keperdataan, maka Negara mempunyai kualitas sebagai Penanggung.⁶⁰ Dalam arti bahwa negara dapat memberikan jaminan kepada pihak lain dan tunduk pada prinsip-prinsip hukum jaminan. Termasuk dalam hal memberikan jaminan atas hutang-hutang yang dibuat oleh investor dengan pihak pemberi pinjaman untuk melaksanakan proyek infrastruktur.⁶¹

2.3.2 Bentuk Jaminan-Jaminan Yang Diberikan Oleh Pemerintah

2.3.2.1 Jaminan Pemerintah berdasarkan Peraturan Presiden No. 91 Tahun 2007

Untuk mempercepat program pembangunan Pembangkit Listrik Tenaga Batubara Pemerintah mengeluarkan Peraturan Presiden No 91 Tahun 2007⁶²(untuk selanjutnya disebut Perpres No. 91 Tahun 2007) yang memberikan jaminan penuh atas kelangsungan proyek tersebut.⁶³

Berdasarkan Peraturan Menteri No. 146 Tahun 2006 PMK No 146/PMK.01/2006, pemberian jaminan pemerintah ini hanya diberikan sepanjang Perusahaan Listrik Negara (PLN) tidak mampu membayar kewajibannya akibat kebijakan Pemerintah yang meliputi⁶⁴:

1. kebijakan harga jual tenaga listrik;

⁵⁹*Op. Cit.*, Hal 65.

⁶⁰ J. Satrio(b), *Op. Cit.*, Hal 218.

⁶¹ Joesoef Iwan E(a), *Op. Cit.*, Hal. 56.

⁶²Indonesia, Peraturan Presiden Tentang Perubahan atas Peraturan Presiden Nomor 86 Tahun 2006 Tentang Pemberian Jaminan Pemerintah Untuk Percepatan Pembangunan Pembangkit Tenaga Listrik Yang Menggunakan Batubara, Perpres No 91, Tahun 2007.

⁶³“Pemerintah Keluarkan Perpres Penjaminan Penuh Proyek PLTU 10 Ribu MW” <<http://hariansib.com/2007/09/26/pemerintah-keluarkan-perpres-penjaminan-penuh-proyek-pltu-10-ribu-mw/>> diakses 18 November 2007.

⁶⁴Indonesia, Peraturan Menteri Keuangan Tentang Petunjuk Pelaksanaan Pemberian Jaminan Pemerintah Untuk Percepatan Pembangunan Pembangkit Tenaga Listrik Yang Menggunakan Batubara, PMK No. 146/PMK.01/2006, pasal 3.

2. kebijakan subsidi listrik dalam rangka kompensasi fungsi kemanfaatan umum;
3. kebijakan yang mempengaruhi pasokan dan harga batubara
4. kebijakan yang menghentikan atau menunda pelaksanaan/pembangunan proyek yang telah berjalan.

Tetapi kini berdasarkan Perpres No. 91 Tahun 2007 Jaminan yang diberikan Pemerintah tidak lagi mempunyai syarat, dan dijamin penuh 100 persen.

Jaminan yang diberikan Pemerintah berdasarkan Perpres No. 91 Tahun 2007 tidak memakai pinjaman yang dialokasikan di APBN, sehingga tidak ada penambahan defisit Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara (untuk selanjutnya akan disebut APBN) maupun penambahan pembiayaan.⁶⁵

Menurut Anggito⁶⁶ karena Pemerintah memberikan jaminan yang sifatnya penuh, maka pemerintah mempunyai fleksibilitas untuk mencari pinjaman yang paling murah dan persyaratan pinjaman yang paling murah.⁶⁷ Berdasarkan pasal 2 ayat 3 Perpres No 91 Tahun 2007, apabila Pemerintah melakukan pembayaran jaminan Pemerintah, maka hal ini berarti Pemerintah mempunyai Piutang kepada PLN.

Menurut Purnomo Yusgiantoro surat jaminan yang diberikan Pemerintah mempunyai beberapa tingkatan, yang tertinggi adalah surat jaminan, dan tingkatan dibawahnya adalah surat pengakuan atau *acknowledgement letter*.⁶⁸

2.3.2.2 Jaminan Pemerintah Atas Kewajiban Hutang Investor Dalam Proyek Infrastruktur

Dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945 menegaskan bahwa tujuan Pemerintahan Negara Kesatuan Republik Indonesia, antara lain adalah memajukan kesejahteraan umum. Berdasarkan hal tersebut maka Negara bertanggungjawab atas penyediaan fasilitas umum

⁶⁵“Proyek 10.000 MW Dijamin Penuh” <[http:// www.fiskal .depkeu. go.id /bapekki/klip/detailklip.asp?klipID=N438299514](http://www.fiskal.depkeu.go.id/bapekki/klip/detailklip.asp?klipID=N438299514)> diakses 15 juli 2007.

⁶⁶Anggito Abimanyu adalah Kepala Badan Kebijakan Fiskal Departemen Keuangan.

⁶⁷“Pemerintah Keluarkan Perpres..” *Loc. Cit*

⁶⁸“Menteri Energi: Proyek Listrik Tidak Dijamin” http://www.batan.go.id/bkhh/BagianHumas/KlippingBerita/Klipping2006/ProyekListrikTidakDijamin_KT_22Sept06.htm, diakses 15 juli 2007.

(infrastruktur) yang layak dan hal ini harus diatur dengan undang-undang sebagaimana diamanatkan oleh pasal 34 ayat (3) dan ayat (4) UUD 1945.

Dalam membangun infrastruktur ini pemerintah tidak bisa hanya mengandalkan keuangan dalam negeri, pemerintah membutuhkan peran investor swasta untuk membangun infrastruktur negaranya. Terdapat masalah mengenai peranan Pemerintah dalam investasi infrastruktur yang dilakukan oleh infrastruktur, yaitu masalah adanya "non technical risk"⁶⁹ seperti *Political Turbulance* dan *Force Majeur*, dimana hal tersebut diluar kontrol investor tetapi harus dapat dijamin oleh Pemerintah.⁷⁰ Sebaiknya tanggungjawab resiko investasi dalam investasi infrastruktur adalah resiko-resiko yang bersifat korporasi seperti resiko-resiko yang berkaitan dengan perjanjian kredit, konstruksi, sumber daya manusia. Sedangkan tanggungjawab resiko Pemerintah dalam investasi infrastruktur adalah resiko-resiko yang bersifat non-korporasi seperti resiko-resiko yang bersifat politis, resesi ekonomi dan bencana perekonomian secara global.⁷¹

2.3.3.3 Jaminan Untuk Penanaman Modal Asing Melalui Bank Dunia

Pada tanggal 27 Juni 1986 Pemerintah Indonesia telah menandatangani konvensi yang berkenaan dengan Jaminan untuk Penanaman Modal Asing, konvensi tersebut dinamakan "*Convention establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency* (untuk selanjutnya akan disebut MIGA)". Kemudian disahkan dengan Keputusan Presiden No. 31 Tahun 1986 yang telah diumumkan dalam Lembaran Negara No. 45 Tahun 1986.

Dengan adanya MIGA ini diharapkan akan memperkuat kerjasama secara internasional guna perkembangan dan pertumbuhan penanaman modal asing pada umumnya dan khususnya penanaman modal swasta di negara-negara berkembang.⁷²

⁶⁹ Daddy Hariadi, *Managing Public Infrastructure: The CMNP'S Experience*, Paper presented at Infrastructure Summit, January 17-18, 2005, Shangri-La Hotel, Jakarta. Lihat juga di Joesoef Iwan E.(b), *Op. Cit.*, Hal. 89.

⁷⁰ Joesoef Iwan E.(b), *Op. Cit.*, Hal. 89.

⁷¹ *Ibid.*

Maksud dan tujuan dari MIGA ini adalah untuk memberikan jaminan terhadap apa yang dinamakan “*non-commercial risk*” berkenaan dengan penanaman di dalam suatu negara peserta. Disamping itu MIGA juga akan mempromosi arus investasi antara Negara-negara berkembang.⁷³

Apa yang ditanggung oleh MIGA ini adalah resiko pihak penanam modal terhadap kerugian yang terjadi karena terjadinya salah satu resiko yang disebut dalam pasal 11 Konvensi MIGA, yaitu:⁷⁴

- 1) Resiko terhadap perubahan nilai mata uang dan adanya pembatasan pemindahan sejumlah uang yang dapat menyebabkan kerugian dipihak investor. Resiko yang dijamin dalam hal ini hanya terbatas apabila kerugian yang ditimbulkan merupakan akibat dari ketidakmampuan *host country* untuk mengubah mata uang lokal menjadi mata uang asing dan memindahkannya keluar daerah teritorialnya.
- 2) Resiko terhadap timbulnya perang dan kekacauan sipil, termasuk di dalamnya kerugian yang ditimbulkan dari tindakan yang tergolong terorisme. Kerugian yang dijamin oleh MIGA mencakup kerugian secara fisik atau yang benar-benar nyata terlihat, dan juga kerugian yang tidak terlihat secara kasat mata,⁷⁵ serta kerugian yang akan timbul kemudian yang disebabkan karena dampak terjadinya perang sipil.⁷⁶
- 3) Resiko dari adanya kerugian yang timbul karena tindakan ekspropiasi⁷⁷ terhadap investor atau pemilik dari perusahaan penanaman modal lain.

⁷²Sudargo Gautama(b), *Indonesia dan Konvensi-Konvensi Hukum Perdata Internasional*. (Bandung: PT Alumni,2002), Hal 376.

⁷³ *Ibid.*, Hal 377.

⁷⁴ *Convention Establishing The Multilateral Investment Guarantee Agency*, art. 11. *Covered Risk (a) Subject to the provision of section (b) and (c) below, the agency may guarantee eligible investment against a low resulting from one of more of the following types of risk:*

1. *Currency Transfer*
2. *Expropriation and Similiar Measures*
3. *Breach of Contract*
4. *War and Civil Disturbance*

⁷⁵ Contoh kerugian yang tak kasat mata adalah menurunnya nilai saham

⁷⁶ MIGA, *Helping investor, helping emerging economies*, Brochure 2005.

⁷⁷ Ekspropiasi merupakan tindakan administrasi pemerintah negara penerima untuk mengambil alih aset-aset yang dimiliki oleh investor.

4) Adanya pelanggaran perjanjian (*breach of Contract*)

Resiko *non-commercial* ini dapat bertambah apabila para investor asing dan negara setempat dimana modal ditanamkan mengajukan permohonan bersama, dan bila disetujui oleh pimpinan dari MIGA.⁷⁸

Akan tetapi perluasan jaminan terhadap resiko ini tidak dapat dilakukan pada kerugian yang diakibatkan adanya devaluasi atau depresiasi dari mata uang investasi bersangkutan. Secara tegas juga bahwa tidak termasuk *coverage* asuransi ini adalah tindakan dari pemerintah bersangkutan atau tidak melakukan tindakan, yang oleh pemegang *guarantee* ini sudah disetujui dapat dilakukan atau untuk mana ia bertanggung jawab. Juga tidak dapat dicover kerugian oleh pihak *host government* untuk tindakan yang sudah dilakukan sebelum “*contract guarantee*” dibuat.⁷⁹

Jenis investasi juga dibatasi oleh MIGA, jenis-jenis asuransi tertentu ini diatur dalam pasal 12 konvensi MIGA. Jenis asuransi ini adalah penanaman modal yang berkenaan langsung dengan:⁸⁰

1. investasi baru yang lintas batas negara
2. investasi yang melibatkan banyak negara untuk bekerjasama
3. ekspansi dan privatisasi dari investasi yang sedang berjalan.

Selain program asuransi, MIGA juga memberikan reasuransi terhadap investasi yang risikonya terlalu besar. Dengan adanya program ini berarti MIGA dapat mengasuransikan kembali jaminan asuransi yang telah disepakati antara MIGA dengan salah satu negara anggota. Reasuransi ini dapat diajukan kepada lembaga asuransi lainnya atau dapat juga diajukan kepada salah satu anggota apabila negara anggota tersebut menginginkannya.⁸¹

Dalam MIGA apabila terdapat perselisihan mengenai “*contract guarantee*” antara anggota MIGA dan MIGA sendiri maka diadakan usaha

⁷⁸Sudargo Gautama(b), *Op. Cit.*, Hal. 380.

⁷⁹ *Ibid.*, Hal. 380.

⁸⁰ *Convention Establishing The Multilateral Investment Guarantee Agency*, art. 12.

⁸¹ *Convention Establishing The Multilateral Investment Guarantee Agency*, art 20.

negoisasi kemudian konsiliasi dan bila tidak mungkin maka bisa menggunakan badan arbitrase.⁸²

2.3.4 Organ Pemerintah Yang Berhak Memberikan Jaminan Pemerintah

Dalam pembuatan hukum sebagai Badan Hukum perdata dalam suatu perjanjian Perdata Biasa (kontrak Bisnis) dengan pihak swasta, perlu diperhatikan siapa subjek yang mewakili Pemerintah, kemudian apakah subjek atau pejabat yang mewakili Pemerintah tersebut dalam menandatangani Perjanjian dengan pihak swasta telah memenuhi prosedur hukum administrasi negara. Secara teori hukum administrasi negara, dijelaskan bahwa setiap perjanjian yang dilakukan Pemerintah dalam lingkup perjanjian perdata, selalu didahului oleh adanya suatu Keputusan Tata Usaha Negara untuk melakukan suatu tindakan hukum perdata maupun lainnya. Setelah ada Keputusan Administrasi Negara, kemudian perjanjian perdata dilakukan.⁸³

Yang perlu mendapatkan perhatian lain dalam kaitannya dengan kontrak bisnis berdimensi publik adalah siapa yang dimaksud dengan pemerintah? Dalam pasal 1655 KUHPerdata para pengurus hanya berkuasa untuk dan atas nama badan hukum itu.⁸⁴ Bunyi pasal 1655 KUHPerdata adalah sebagai berikut:⁸⁵

“Para pengurus badan hukum, bila tidak ditentukan lain dalam akta pendiriannya, dalam surat perjanjian atau dalam reglemen, berkuasa untuk bertindak demi dan atas nama pihak ketiga atau sebaliknya dan untuk bertindak dalam sidang pengadilan, baik sebagai penggugat maupun sebagai tergugat.”⁸⁶

Apabila dikaitkan Pemerintah sebagai badan hukum maka para pengurus pemerintah, kecuali ditentukan lain oleh undang-undang (*reglemen*), bertindak

⁸² Sudargo Gautama (b), *Op. Cit.*, Hal. 384.

⁸³Safri Nugraha, et. al., *Hukum Administrasi Negara*. (Jakarta: Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2005). Hal. 70.

⁸⁴ Hikmahanto Juwana, *Op. Cit.*, Hal. 44.

⁸⁵Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, Pasal 1655.

⁸⁶ Pasal 1655 KUH Perdata terjemahan Ninik Suparni.

untuk dan atas nama pemerintah. Yang menjadi permasalahan adalah siapa yang dimaksud dengan para pengurus tersebut. Padahal pengurus pemerintah bisa Presiden, Menteri, Kepala Lembaga Pemerintah Non-Departemen (LPND), Sekretaris Jenderal, Direktur Jenderal, Gubernur, Kepala Daerah, Bupati, Kepala Kantor Wilayah, Kepala Dinas dan sebagainya.⁸⁷

Maka dari itu tidak cukup hanya berpatokan pada pasal 1655 KUHPerdata untuk melihat siapa itu Pemerintah. Rujukan lain yang harus digunakan adalah Keputusan Presiden No. 16 Tahun 1994 tentang Pelaksanaan Anggaran Pendapatan Belanja Negara (APBN). Keputusan Presiden ini telah beberapa kali mengalami perubahan, yaitu dengan Keputusan Presiden No. 24 Tahun 1995, Keputusan Presiden No. 8 Tahun 1997 dan Keputusan Presiden No. 6 Tahun 1999 (selanjutnya keputusan Presiden No.16 beserta perubahannya dalam tulisan ini akan disebut sebagai Keppres No. 16 Tahun 1994).

Dalam Keppres No. 16 Tahun 1994 disebutkan, antara lain, bahwa Menteri/Ketua Lembaga⁸⁸ yang menguasai bagian anggaran yang mempunyai wewenang otorisasi. Otorisasi ini penting mengingat dalam pasal 4 ayat (4) menentukan bahwa pengeluaran beban anggaran belanja negara dilakukan dengan penerbitan surat keputusan otorisasi (“SKO”) atau dokumen lain yang diberlakukan sebagai SKO.⁸⁹ Dalam ketentuan Pasal 16 disebutkan bahwa Menteri/Ketua Lembaga mempunyai wewenang, diantaranya, untuk menetapkan pejabat yang diberi wewenang untuk menandatangani SKO. Pejabat yang berwenang ini sering disebut sebagai Pemimpin Bagian Proyek (Pimbagpro).⁹⁰

Berdasarkan Keppres No. 16 Tahun 1994 yang dapat menandatangani kontrak bisnis berdimensi publik sebagai wakil Pemerintah adalah Menteri atau Ketua Lembaga atau Pimbagpro. Hanya saja perlu diingat bahwa Keppres No. 16

⁸⁷ Hikmahanto Juwana. *Op. Cit.*,

⁸⁸ Dalam pasal 4 ayat (1) Keppres No. 16 Tahun 1994 disebutkan bahwa yang dimaksud dengan Departemen/Lembaga adalah lembaga tertinggi/tinggi negara, kantor menteri koordinator, dan kantor menteri negara.

⁸⁹ Pasal 4 ayat 4 Keppres No. 16 Tahun 1994.

⁹⁰ Hikmahanto Juwana, *Op. Cit.*, Hal. 45.

Tahun 1994 mengatur pengeluaran dana yang berasal dari APBN sehingga ketentuan dalam Keppres tersebut hanya untuk maksud tersebut.



BAB 3

PERTANGGUNGJAWABAN PEMERINTAH INDONESIA ATAS SURAT MENTERI KEUANGAN No:s-188/mk.016/1996 YANG DIBERIKAN PEMERINTAH INDONESIA KEPADA PATUHA POWER LTD

3.1. Kasus Arbitrase Internasional antara Patuha Power Ltd v Republic of Indonesia

3.1.1. Kasus Posisi

Dalam Undang-Undang Nomor 15 Tahun 1985, disebutkan bahwa tenaga listrik pada dasarnya dilakukan oleh Negara yang penyelenggaraannya dilakukan oleh Badan Usaha Milik Negara sebagai Pemegang Usaha Ketenagalistrikan (untuk selanjutnya disebut sebagai PKUK).¹ Apabila BUMN tidak bisa memenuhi kebutuhan tenaga listrik, maka pihak swasta bisa diikutsertakan sebagai Pemegang Ijin Usaha Ketenagalistrikan (untuk selanjutnya disebut sebagai PIUK).

Diikutsertakannya pihak swasta sebagai PIUK dilakukan sebagai upaya memenuhi kebutuhan tenaga listrik secara lebih merata dan untuk meningkatkan kemampuan negara dalam hal penyediaan tenaga listrik serta dalam rangka keikutsertaan masyarakat dalam pembangunan ketenagalistrikan. Tenaga listrik yang diusahakan oleh pihak swasta ini bisa dijual kepada PLN, dimana perjanjian jual belinya dapat dilakukan melalui *Power Purchase Agreement* (untuk selanjutnya disebut PPC) atau *Energy Sales Contract* (untuk selanjutnya disebut dengan ESC).²

Pada bulan Desember 1994, PLN dan PERTAMINA melakukan kontrak ESC dengan *Himpurna California Energy Ltd* (untuk selanjutnya disebut dengan

¹Berdasarkan Pasal 1 ayat (1) Peraturan Pemerintah No. 23 Tahun 1994 Tentang Pengalihan Bentuk Perusahaan Umum (PERUM) Listrik Negara menjadi Perusahaan Perseroan (PERSERO), maka PT PLN Persero ditetapkan sebagai Pemegang Izin Usaha Ketenagalistrikan.

²Energy Sales Contract adalah perjanjian jual beli listrik yang menggunakan tenaga Panas Bumi (Pembangkit Listrik Tenaga Bumi atau PLTP), antara pihak swasta dengan PLN, sedangkan *Power Purchase Contract* adalah perjanjian jula beli listrik selain PLTP yang menggunakan tenaga uap (PLTU), air (PLTA), gas (PLTG) dan sebagainya.

Himpurna) dan *PPL*.³ di dalam kontrak *ESC*, *Himpurna* bertindak sebagai kontraktor untuk mengembangkan multi-unit pembangkit Listrik Tenaga Panas Bumi di Dieng. Dan PLN akan membayar dengan mata uang Dolar Amerika Serikat dari pembelian listrik yang dihasilkan dari proyek tersebut untuk jangka waktu 30 tahun. Hal yang sama juga terdapat pada proyek *ESC* yang dilakukan *Patuha*, dimana PLN juga setuju untuk membayar dengan Dolar Amerika Serikat untuk jangka waktu 30 tahun. Pada waktu yang sama, PERTAMINA melakukan kontrak *JOC* dengan *Himpurna* dan *Patuha*, dimana PERTAMINA akan menjadi pihak yang akan menjual listrik kepada PLN. Kedua *ESC* dan *JOC* telah disetujui oleh Pemerintah Indonesia melalui Menteri Keuangan dengan ditandatanganinya Surat Menteri Keuangan⁴ menyangkut kedua *ESC* dan *JOC* tersebut.⁵ Dalam SMK No:s-188 yang menyangkut kedua jenis kontrak tersebut mengatakan:

“as long as the (project company’s) material obligation which are due under the ESC and JOC have been fulfilled, the government of the Republic of Indonesia will cause PERTAMINA and PLN, their successors and assign, to honor and perform their obligation as due in the above-mentioned contracts.”

Di dalam *ESC*, *JOC* dan SMK No:s-188 ini terdapat pengaturan yang mengatakan bila terjadi permasalahan yang menyangkut dokumen-dokumen yang bersangkutan akan diselesaikan melalui Arbitrase dengan menggunakan peraturan *United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)* dengan merujuk pada pasal 8.3 yang terdapat di dalam *ESC*. Walaupun demikian pengaturan mengenai keberlakuan Arbitrase yang terdapat dalam SMK No:s-188 penulisannya berbeda dengan yang terdapat dalam kontrak *ESC*. Di dalam *ESC* bagian 8.3 pengaturannya berbunyi:

³*Himpurna California Energy Ltd* dan *Patuha Power Ltd*. didirikan berdasarkan hukum Negara Bermuda. Dikutip dari kontrak *ESC* pada paragraf pertama.

⁴Di dalam Putusan Arbitrase antara PLN melawan *Patuha* dan *Himpurna* dan dalam Putusan Arbitrase antara Pemerintah Indonesia melawan *Patuha* dan *Himpurna* surat menteri keuangan ini disebut sebagai *a Letter by Minister of Finance of Republic of Indonesia* atau *MoF Letter*.

⁵Mark Kantor, “International Project Finance And Arbitration With Public Sector Entities: When Is Arbitrability a Fiction”, *Fordham International Law Journal* (April, 2001): 3-4.

“Disputes, if any, arising between PLN on the one hand, and PERTAMINA and/or COMPANY in the other hand, relating of this Contract or the interpretation and performance of any of this provision of this Contract... shall be referred to and finally resolved by binding arbitration as set forth in Section 8.3 below.”

Lebih jauh dalam Bagian 8.3 dari setiap kontrak ESC tersebut mengatur bahwa setiap perselisihan akan diselesaikan dengan 3 anggota panel arbitrase dibawah peraturan arbitrase *UNCITRAL*. Sekretaris Jenderal dari *International Center for Settlement of Investment Disputes* (“*ICSID*”) merupakan pihak yang ditunjuk sebagai *appointing authority*.

Di dalam Bagian 8.4 dari kontrak *ESC*, para pihak bisa menggunakan hak-haknya berdasarkan Kitab Undang-Undang Hukum Perdata dan peraturan-peraturan di Indonesia yang berhubungan untuk melakukan banding atas putusan arbitrase, dan setuju untuk tidak menggunakan intervensi pengadilan untuk mempengaruhi proses Arbitrase.⁶ Ditambahkan, bahwa para pihak setuju untuk:⁷

“No Party shall have any rights to commence or maintain any suit or legal proceeding concerning a dispute hereunder until the dispute has been determined in accordance with the arbitration procedure provided for herein and then only for enforcement of the award rendered in such arbitration.”

Dalam kontrak *ESC* dan dalam SMK No:s-188, mengatur bahwa, hanya arbitrase saja yang bisa memutus persoalan yang menyangkut perselisihan mengenai kontrak *ESC* dan SMK No:s-188, pengecualian terhadap pemakaian pengadilan lokal hanya mengenai masalah pelaksanaan dari putusan arbitrase tersebut.⁸

Pada bulan Juli 1997 terjadi krisis moneter di ASEAN dimana Indonesia

⁶Mark Kantor, *Op. Cit.*, Hal. 4-5.

⁷Lihat putusan akhir arbitrase antara *Patuha v PLN*.

⁸Mark Kantor, *Op. Cit.*, Hal. 5.

terkena imbasnya. Untuk menanggulangi krisis tersebut salah satu kebijakan yang dilakukan Pemerintah adalah mengeluarkan Keputusan Presiden Nomor 39 Tahun 1997 Tentang Penangguhan/Pengkajian Kembali Proyek Pemerintah, Badan Usaha Milik Negara, dan Swasta yang Berkaitan dengan Pemerintah/Badan Usaha Milik Negara (untuk selanjutnya disebut dengan Keppres 39/1997). Dalam Keppres 39/1997 tersebut Proyek Himpurna dan Patuha ditangguhkan, dan PLN tidak lagi mau menerima energi listrik dari kedua proyek tersebut.⁹

Pada Bulan Agustus 1998, setelah beberapa bulan mencoba mengusahakan agar proyeknya kembali berjalan, *Patuha* dan *Himpurna* akhirnya mengajukan masalah ini ke dalam Arbitrase, dimana PLN digugat berdasarkan kontrak ESC, dan Pemerintah Indonesia digugat berdasarkan SMK No:s-188 yang dikeluarkan berkait dengan kontrak ESC. Pada tahap pra-sidang PLN dan Pemerintah Indonesia menyatakan setuju agar proses arbitrase antara PLN melawan *Himpurna* dan PLN melawan *Patuha* akan akan digabung begitu pula yang terjadi antara Pemerintah melawan *Himpurna* atau *Patuha*. Proses Sidang yang pertama adalah yang menyangkut PLN, setelah itu yang menyangkut Pemerintah Indonesia.¹⁰

3.1.2. Para Pihak

Para Pihak dalam putusan Arbitrase Internasional antara *Patuha Power Limited v Republic of Indonesia* adalah: *Patuha Power Limited* sebagai pihak penggugat, dan Pemerintah Indonesia sebagai pihak yang digugat.

3.1.3. Pertimbangan Arbiter

Amar putusan dari Arbitrase mengenai SMK No:s-188, di dalam Skripsi ini dibagi menjadi 4 bagian, bagian pertama yaitu Kekuatan mengikat Surat Menteri Keuangan No:s-188/MK.016.1996, bagian kedua yaitu Peraturan Hukum yang dipakai, bagian ketiga yaitu Penugasan dan *Double Jeopardy*, dan bagian

⁹*Ibid.*, Hal. 6.

¹⁰*Ibid.*, Hal. 6

terakhir yaitu pelanggaran kontrak.

3.1.3.1. Kekuatan mengikat dari Surat Menteri Keuangan No:s-188/mk.016.1996

Dalam pertimbangan Arbitral Tribunal, mereka berpendapat, dilihat dari sudut pandang manapun yang terdapat di dalam fakta, terlihat Pemohon sudah menanamkan banyak uang dalam investasinya ke dalam Pembangkit Listrik yang menggunakan Tenaga Panas Bumi yang penuh dengan resiko tersebut. Dan terlihat bahwa SMK No:s-188, menyatakan Pemerintah Indonesia akan melakukan sesuatu kepada investor, agar investor mau menanamkan modalnya di Indonesia.

Bahwa Arbitral Tribunal berpendapat prinsip hukum umum yang dipakai dalam menyusun SMK No:s-188 diatur dalam Pasal 1342 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, yaitu:

“Jika kata-kata suatu persetujuan jelas, tidaklah diperkenankan untuk menyimpang dari padanya dengan jalan penafsiran”.

Bahwa Arbitral Tribunal berpendapat, apabila terdapat ambiguitas, Kitab Undang-Undang Hukum Perdata mengatur hal-hal selanjutnya yang dapat dilakukan dalam melakukan interpretasi: harus menyelidiki maksud dari para pihak dibandingkan harus memegang teguh arti kata-kata menurut huruf,¹¹ harus diartikan bahwa pengertian-pengertian dalam kontrak bisa berarti ganda,¹² interpretasi harus sama dengan apa yang dimaksud dalam perjanjian,¹³ dan harus disesuaikan dengan kebiasaan-kebiasaan,¹⁴ dan pengertian-pengertian harus disesuaikan dengan situasi yang ada.¹⁵ Prinsip dari *contra proferentum* harus juga dilakukan dalam menafsirkan kontrak.¹⁶

¹¹Pasal 1343 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.

¹²Pasal 1343 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.

¹³Pasal 1345 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.

¹⁴Pasal 1346 dan 1347 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.

¹⁵Pasal 1348 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.

¹⁶Pasal 1349 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.

Arbitral Tribunal berpendapat, prinsip hukum yang terdapat di dalam Pasal 1342 KUHPerdara cukup untuk mengatakan bahwa Surat Menteri Keuangan menciptakan pengaturan hukum yang mengikat. Hal ini didukung oleh peraturan-peraturan pendukung lain, dimana Arbitral Tribunal akan menjadikannya suatu pertimbangan apabila ternyata pihak penggugat bisa memberikan bukti-bukti yang kuat untuk mengungkapkan sebaliknya.¹⁷

Pemerintah Indonesia menyangkal bahwa SMK No:s-188 dimaksudkan untuk menciptakan kewajiban hukum. Isinya hanyalah sebuah *letter of comfort*, dimana dikatakan oleh Pemerintah Indonesia:

“the meaning of ‘will cause’ legally can be interpreted that the Government will ‘take some efforts..’”

Bahwa pada tanggal 5 Oktober 1998, Pemerintah Indonesia dalam *“challenge to Jurisdiction”* menyangah pendapat Pemohon yang mengatakan bahwa SMK No:s-188 adalah *support letter*. Pemerintah Indonesia mengatakan bahwa pengertian SMK No:s-188 mempunyai kesamaan dengan *“Comfort Letter”*.¹⁸ Alasan yang diberikan Pemerintah Indonesia berdasarkan pendapat dari Philip Wood,¹⁹ dan menyakinkan berdasarkan pendapat Philip Wood bahwa tidak terdapat akibat hukum yang kuat dari sebuah *comfort letter*.

Bahwa Arbitral Tribunal beranggapan lain, karena penafsiran tersebut dianggap tidak menafsirkan keseluruhan arti dari buku tersebut. Philip Wood mengatakan:²⁰

“the terms of financial support vary widely and their legal effect depends upon ordinary principles of contract law and rules of construction”.

¹⁷Dalam putusan arbitrase internasional paragraf 105 dikatakan: *“In the Present case, the primary rule (article 1342) suffices to establish that the MOF Letter created a binding legal obligation. It is confirmed by several subsidiary rules, which the Arbitral Tribunal will consider if for no other reason than that the claimant has gone to great lengths to provide relevant evidence”*.

¹⁸Dalam Putusan Arbitrase Internasional antara *Patuha Power Ltd v Republic of Indonesia* paragraf 108, mengatakan: *“In its “challenge to Jurisdiction” dated 5 October 1998, the Republic of Indonesia noted that the Claimant had o Occasion reffered to the MOF Letter as a “support letter.” It went to suggest that this term was synonymus with that of “comfort letter” ,,,”*

¹⁹Philip Wood, *Law And Practice of International Finance*, dikutip dari Putusan Arbitrase Internasional antara *Patuha Power Ltd. v Republic of Indonesia* paragraf 109.

²⁰*Ibid.*

Dikatakan oleh Philip Wood, bahwa mungkin saja dalam surat tersebut tidak terdapat proteksi-proteksi yang diinginkan, tetapi bukan berarti tidak menimbulkan kewajiban hukum.²¹

Bahwa terdapat dua kasus di Pengadilan Inggris yang diungkapkan oleh Pemohon kepada Arbiter, sebagai kasus yang digunakan sebagai suatu bukti yang relevan mengenai permasalahan *Binding of MOF Letter*. Arbitral Tribunal berpendapat walaupun hukum Inggris bukan hukum yang digunakan dalam kontrak, tetapi SMK No:s-188 di tulis dengan bahasa Inggris.

Bahwa Arbitral Tribunal berpendapat, di dalam kasus pengadilan Inggris tersebut, akan memberikan masukan-masukan sebagai salah satu referensi yang penting untuk menentukan maksud dari para pihak yang dituangkan di dalam SMK No:s-188.²² Kasus tersebut adalah kasus *Chemco Leasing SpA v. Rediffusion plc* (1987), dan *Kleinwort Benson Ltd. v. Malaysia Mining Corporation Berhad*.²³ Dalam kasus *Chemco Leasing* surat peradilan tingkat pertama dan tingkat banding mengatakan, surat yang menjadi permasalahan dalam kasus *Chemco Leasing* telah menciptakan suatu kontrak untuk berjanji untuk melakukan sesuatu yang telah ditentukan. Sedangkan dalam kasus *Kleiwon Benson* Pemerintah Indonesia mengatakan bahwa SMK No:s-188:²⁴

“merely express the then policy intention of Respondent with respect to PLN. They are not binding in character.”

Mengenai pembelaan Pemerintah Indonesia, Arbitral Tribunal

²¹Di dalam Putusan Arbitrase Internasional antara *Patuha Power Ltd v Republic of Indonesia* paragraf 111 disebutkan: *“it is self evidence that the author here is making it clear to drafter that the letter may be “defective” in not achieveng as much protection as they want. But it cannot be said that he concludes that such letter do not give rise to legal obligation. To the contrary, the notion of a “right to damages” is squarely predicated on the recognition of such obligation.”*

²²Di dalam Putusan Arbitrase Internasional antara *Patuha Power Ltd v Republic of Indonesia* paragraf 112 disebutkan: *“Two often-cited English judgements among the various authorities cited by the Claimant strike the Arbitral Tribunal as relevant in this context...The English cases, which gave rise to much careful debate as to the nuances of the pertinent expressions, are therefore instructive as a reference point of the purposes of establishing the intention of the parties as expressed in the terms of MoF Letter...”*

²³dikutip dari Putusan Arbitrase Internasional antara *Patuha Power Ltd. v Republic of Indonesia* paragraf 113-118.

²⁴Lihat Putusan Arbitrase Internasional antara *Patuha Power Ltd. v Republic of Indonesia* paragraf 112.

berpendapat:²⁵

“This argument mixes the self-evident distinguishing feature of the Kleinwort Benson when compared to the MoF Letter. The former did no more than confirm knowledge and approval of the transaction, and to express a “policy” –i.e a present intent – to enable the primary obligor to meet its liabilities. These are exactly the kinds of limited terms which, as Mr Wood has pointed out, may be deemed insufficient to create legal obligation.”

Jadi Arbitral Tribunal berpendapat bahwa tidak cocok apabila surat yang dijadikan permasalahan di dalam kasus *Kleinwort Benson* disamakan pengertiannya dengan SMK No:s-188.

Bahwa Arbitral Tribunal berpendapat SMK No:s-188 mengandung dua elemen penting yang berbeda, yaitu:²⁶

“the Undertaking to cause PLN to honor and perform its contractual obligation, and the undertaking to submit to arbitration in the event of dispute under the MoF letter”.

bahwa dikatakan lebih lanjut bagaimana mungkin suatu *comfort letter* (yang tidak mempunyai kewajiban hukum) mempunyai aturan mengenai penyelesaian sengketa melalui arbitrase.

Arbtral Tribunal berpendapat bahwa sebenarnya Pemerintah Indonesia melalui Menteri Keuangan telah mengakui SMK No:s-188, dianggap sebagai suatu jaminan dari Pemerintah Indonesia. Dimana Menteri Keuangan menyatakan:²⁷

“Plans to assign its right under the (MOF Letter) for the benefit of the lenders,”

dan Arbitral Tribunal menyimpulkan:²⁸

“The Government hereby confirm its consent to such assignment.”

²⁵Lihat Putusan Arbitrase Internasional antara *Patuha Power Ltd. v Republic of Indonesia* paragraf 118.

²⁶Lihat Putusan Arbitrase Internasional antara *Patuha Power Ltd. v Republic of Indonesia* paragraf 119.

²⁷Lihat Putusan Arbitrase Internasional antara *Patuha Power Ltd. v Republic of Indonesia* paragraf 120.

²⁸*Ibid.*,

Arbitral Tribunal mengungkapkan suatu bukti yaitu: SMK No:s-188 tercipta dengan sebelumnya telah diadakan pertemuan sebanyak dua puluh kali. Pertemuan itu dihadiri oleh empat orang wakil dari Menteri Keuangan, dimana di dalamnya terdapat Kepala Biro Hukum Menteri Keuangan. Pertemuan tersebut diadakan agar PLN mengetahui kewajiban-kewajibannya dalam ESC dan juga keinginan Pemohon untuk memperoleh SMK No:s-188. Hal ini dilakukan oleh Pemohon juga sebagai tanggapan Pemohon terhadap *Credit Suisse First Boston* (“*CFSB*”)²⁹ yang mengatakan bahwa:³⁰

“a support letter from the Republic of Indonesia Ministry of Finance in the form we have discussed...would be very important for the successful marketing and consummation of the purposed debt financing.”

Sebelum mencapai tahap kesimpulan, Pemerintah Indonesia memberikan argumen sebuah perbandingan antara SMK No:s-188 dengan *GOI Support Letter*. Dimana Pemerintah Indonesia berpendapat bahwa apabila SMK No:s-188 mempunyai kesamaan dengan *GOI Support Letter* barulah dapat timbul suatu kewajiban hukum yang mengikat bagi Pemerintah Indonesia.³¹ Pada akhirnya Arbitral Tribunal menyimpulkan bahwa SMK No:s-188 menciptakan kewajiban hukum yang mengikat bagi Pemerintah Indonesia.

3.1.3.2. Paraturan yang mengatur Surat Menteri Keuangan No:s-188/MK.016.1996

Arbitral Tribunal berpendapat, hanya dengan mengatakan SMK No:s-188 menciptakan kewajiban hukum tidak cukup untuk menyelesaikan sengketa yang ada. Maka dari itu Arbitral Tribunal berpendapat:

1. SMK No:s-188 menciptakan kewajiban bagi Republik Indonesia untuk memastikan bahwa PLN akan menghormati dan melaksanakan

²⁹*CFSB* adalah Badan yang memberikan fasilitas kredit kepada Perusahaan afiliasi dari *PPL* yaitu *HCE*, untuk membangun Unit 1 Dieng. Untuk lebih jelasnya lihat Putusan Arbitrase Internasional antara *Patuha Power Ltd. v Republic of Indonesia* paragraf 127.

³⁰Lihat Putusan Arbitrase Internasional antara *Patuha Power Ltd. v Republic of Indonesia* paragraf 123.

³¹Untuk lebih jelasnya lihat Putusan Arbitrase Internasional antara *Patuha Power Ltd. v Republic of Indonesia* paragraf 129-141.

kewajibannya dalam ESC, dan melaksanakan Keputusan Arbitrase yang menyangkut hal tersebut, dan

2. Bahwa Republik Indonesia telah melanggar kewajibannya itu.

Arbitral Tribunal berpendapat Kewajiban Pemerintah dalam SMK No:s-188 tidak secara jelas mengatakan bahwa Pemerintah akan membayar utang. Dan hal ini dapat dianggap bahwa SMK No:s-188, bukanlah suatu bentuk klausul mengenai jaminan atas ganti kerugian yang tepat. Kewajiban yang terdapat di dalam SMK No:s-188 memang tidak menyebutkan untuk mengganti kerugian, tetapi sesuai dengan kata-kata di dalam Pasal 1316 KUHPerdara yang mengatakan, “kewajiban...untuk melakukan sesuatu”, dan kata-kata tersebut sama seperti, “menyebabkan PLN untuk memenuhi kewajibannya,” berdasarkan Pasal 1316 KUHPerdara, maka menyebabkan Pemerintah bisa dimintai pertanggungjawaban untuk memberi gantikerugian pada saat PLN tidak bisa memenuhi kewajibannya, dan *PPI* telah memenuhi kewajibannya sesuai dengan *ESC*.³²

Pemerintah Indonesia berargumen bahwa SMK No:s-188 bukan merupakan Jaminan, karena tidak ada kata-kata yang mengatakan mengenai adanya suatu jaminan, dimana diharuskan dalam Pasal 1824 KUHPerdara. Arbitral Tribunal berpendapat argumen Pemerintah Indonesia tersebut kurang meyakinkan, karena Pasal 1824 KUHPerdara ini mengatur bahwa Jaminan tidak boleh ada berdasarkan suatu asumsi. Mengenai adanya perkataan bahwa harus adanya kata jaminan hanyalah akademis saja. Dan Arbitral Tribunal berpendapat bahwa Surat Menteri Keuangan bukanlah termasuk Jaminan yang diatur dalam Pasal 1820 KUHPerdara.

³²Di dalam Putusan Arbitrase Internasional antara *Patuha Power Ltd. v Republic of Indonesia* paragraf 144 mengatakan: “*a financial institution contemplating a loan to claimant on the strength of PLN’s payment obligation under the ESC would probably not consider the Mof Letter to be ideal. It does not constitute a direct payment obligation. The lender would doubtless prefer to see a continuing undertaking by the minister of Finance to the effect it would satisfy any invoice issue to PLN that was unpaid on the relevant due date. The obligation defined in the Mof Letter was not undertaking to make payment, but, in the word of very first article on the general Indonesian Law of Contracts, namely Article 1316 of the Indonesian Civil Code, “an obligation...to do something” –namely to cause PLN to perform its obligation. The remedy for breach of such an independent obligation is one of damages. A claim under the Mof Letter would, moreover, as an initial matter require a demonstration both that PLN had not “honoured and performed” its obligation under the ESC, and that the Claimant’s material obligation were “fulfilled”.*”

Arbitral Tribunal berpendapat bahwa alasan yang diberikan oleh Pemerintah Indonesia apabila Pasal 1820 KUHPerdara yang dipakai sebagai dasar hukum dari SMK No:s-188, adalah akan adanya likuidasi kepada PLN, adalah tidak mungkin, dan SMK No:s-188 tidak menyebabkan terjadinya hal tersebut. Maka dari itu Arbitral Tribunal menganggap bahwa Pasal KUHPerdara yang cocok adalah Pasal 1316 KUHPerdara, dimana dikatakan:³³

”... a person may warrant the performance of third party by promising that such third party will do something, but any claims for damages againts that warrantor or person so promising will not be less if the third party refuses to do what was promised”.

Arbitral Tribunal berpendapat bahwa Pasal 1316 KUHPerdara tersebut sesuai dengan Pasal 1120 *French Civil Code*, dimana inti dari pasal tersebut adalah *“undertake to procure action by a third party”*.

Arbiter menyimpulkan bahwa Pasal 1316 tersebut sama artinya dengan:

“..a person may undertake to procure action by third party, subject to indemnification by the person who undertook, or who promised to obtain a ratification by the third party, if the latter refuses to do what was promised.”

Bahwa Arbiter menganggap konsep ini sama dengan kata-kata yang terdapat dalam SMK No:s-188, yaitu: *“will cause... to honor and perform.”*

Bahwa Arbitral Tribunal memakai teori yang dikemukakan oleh J. Satrio mengenai Pasal 1316 KUHPerdara yaitu Pasal ini merupakan kontrak yang berdiri sendiri, dan juga merupakan Pasal yang memberikan dasar gantirugi atas kerugian yang diakibatkan oleh wanprestasi. Bahwa analisis yang diberikan J. Satrio sesuai dengan keputusan Hakim Perancis yang memakai Pasal 1120 Kode Sipil Perancis sebagai dasar pertimbangan hukumnya. Dimana pengadilan tingkat kasasi Perancis yang memutus perkara tersebut memutuskan bahwa kegagalan melakukan hal yang diharapkan bisa dikenai sanksi untuk membayar kerusakan.³⁴

³³Lihat Putusan Arbitrase Internasional antara *Patuha Power Ltd. v Republic of Indonesia* paragraf 149.

³⁴lihat Putusan Arbitrase Internasional *Patuha Power Ltd v Republic of Indonesia* paragraf 153.

Arbitral Tribunal berpendapat alasan yang menyebutkan bahwa pemberian Garansi bertentangan dengan Keppres 37/1992, tidak bisa diterima. Bahwa perlu dicatat alasan ini tidak terdapat dalam “*Statement of Defence*” Republik Indonesia. Tetapi Arbiter tidak menolak alasan yang diberikan oleh Pemerintah Indonesia, maka Arbiter menambahkan dua alasan utama tambahan. Pertama, walaupun Pemerintah Indonesia bebas berargumen bahwa SMK No:s-188 mempunyai arti yang lebih sempit dibandingkan yang diartikan oleh Pemohon, tetapi secara itikad baik tidak bisa meragukan kewenangan dari Menteri Keuangan untuk memberikan jaminan dimana Pemohon bertahun-tahun yang telah menanamkan investasinya di Indonesia, bergantung pada janji dari Pemerintah Indonesia yang dianggap terdapat di dalam SMK No:s-188.³⁵

Kedua, Bahwa Pemerintah Indonesia tidak bisa memberikan argumen yang menyakinkan bahwa SMK No:s-188 telah melanggar Keppres 37/1992. Keppres 37/1992 merupakan bagian dari rejim hukum kelistrikan, sedang SMK NO:s-188 merupakan subjek dari rejim spesial panas bumi. Dan walaupun ternyata Keppres 37/1992 bisa digunakan sebagai dasar hukum, *term* yang terdapat dalam Keppres 37/1992 tidak menggambarkan janji Pemerintah yang terdapat dalam SMK No:s-188. Keppres 37/1992 dalam Pasal 5 disebutkan:

“Project finance by private sector enterprises for supply of electric power can only be arranged without government guarantees of the invested capital and repayment loan.”

Maka SMK no:s-188 bukan memberikan jaminan atas pengembalian uang pinjaman atau Pengembalian modal inventasi, tetapi sebuah janji pelaksanaan kewajiban PLN.

Arbitral Tribunal tidak menganggap bahwa SMK No.s-188 adalah Jaminan seperti yang terdapat dalam Pasal 1820 KUHPerdara, tetapi adalah sebuah janji yang berdiri sendiri yang sesuai dengan Pasal 1316 KUHPerdara.

³⁵Di dalam Putusan Arbitrase Internasional antara *Patuha Power Ltd. v Republic of Indonesia* paragraf 157, mengatakan: “*The Arbitral Tribunal does not, however, wish to reject the argument on the basis of formal objection, and therefore gives precedence to two more fundamental consideration. First, although the Republic of Indonesia is free to argue that under its proper construction the Mof Letter meant less than the authority of the Minister of Finance years after the Claimant has made significant investment in reliance on the Republic of Indonesia’s undertakings.*”

Karena telah gagal untuk menyebabkan PLN untuk melakukan sesuatu, maka Republik Indonesia telah melanggar kontrak, dan terikat untuk memberikan ganti rugi.

Bahwa di dalam sistem hukum yang terdapat dalam Pasal 1120 Kode sipil Perancis atau 1316 KUHPerdara telah banyak digunakan untuk membuat janji yang akan dituangkan ke dalam dokumen, seperti misalnya, pembuat janji berjanji bahwa pihak ketiga juga akan menandatangani perjanjian tersebut di kemudian hari. Di dalam kasus tersebut, maka tindakan yang dilakukan dari pihak ketiga tidak bisa lebih jauh dari apa yang sudah diperjanjikan, pada saat pihak ketiga sudah menandatangani, maka janji tersebut sudah terpenuhi dan pembuat janji tidak mempunyai kewajiban apapun terhadap tindakan-tindakan lain yang dilakukan pihak ketiga. Di dalam praktek, suatu maksud pemberian jaminan biasanya memakai suatu form kedua yang biasa disebut sebagai *cautionnement* atau *borgtoch* yang terdapat dalam Pasal 1820 KUHPerdara. Tetapi dalam Pasal tersebut jelas tidak terdapat janji yang secara langsung menyatakan adanya suatu janji untuk melakukan tindakan seperti yang terdapat dalam Pasal 1316 KUHPerdara, dan tipe janji tersebutlah yang terdapat dalam SMK No:s-188.³⁶

Maka setelah itu tinggal terdapat 2 keberatan lain, yaitu mengenai bukti yang tidak meyakinkan mengenai *res judicata*³⁷ dari Putusan Arbitrase tentang PLN dan bukti yang kurang meyakinkan dari *Consideration*³⁸ mengenai SMK No:s-188.

Mengenai *res judicata*: Pada tahap “*challenged to jurisdiction*” pada

³⁶Dalam Putusan Arbitrase Internasional antara *Patuha Power Ltd. v Republic of Indonesia* paragraf 169 dikatakan: “*there is no doubt that in the legal system which have received in the Napoleon Code, Article 1120 (or article 1316 as it became in Indonesia) has most often been applied to undertakings to procure the ratification of documents-as where a signatory undertakes that an absent third party will sign in the future. In such cases, the promise goes no further then to obtain ratification; once the third sign, the promise fulfilled and the promisor has no liability for the third party’s subsequent performance....*”

³⁷*Res Judicata* : 1. An issue that has been definitely settled by judicial decision. 2. A affirmative defense barring the same parties litigating the second lawsuit on the same claim, or any other claim arising from the same transaction or series of transactions and that could have been –but was not- raised in the first suit. Sumber: *Black’s Law Dictionary*

³⁸*Consideration* : A court’s judgement. Sumber: *Ibid.*,

tanggal 5 oktober 1998, pihak Pemerintah Indonesia mengatakan bahwa:

“There could be no arbitrable dispute to be resolved under the language of the arbitration clause contained in the MoF Letters, unless and until a full arbitral process had been completed with the primary obligor, final and binding awards rendered against PLN and/or Pertamina, and these latter refused to comply. Only then would a guarantee, if a guarantee there is, be able to invoked.”

Arbitral Tribunal mengungkapkan pada saat *PLN Award* dibawa kedalam sidang, pihak Indonesia mengatakan bahwa tidak terdapat hubungan antara Termohon dengan Pemohon sehubungan dengan *PLN Award* karena Pemerintah Indonesia bukanlah pihak di dalam *PLN Award*. Arbitral Tribunal menganggap terdapat kontradiksi terhadap pernyataan Pemerintah Indonesia, tetapi Arbiter menerima bahwa Pemerintah Indonesia bisa mengubah pendapatnya, tetapi tidak menyebabkan keraguan bagi Arbitral Tribunal untuk menyatakan bahwa posisi yang dibuat Pemerintah Indonesia akibat pernyataannya pada bulan Oktober 1998 adalah yang tepat.

Terhadap Keputusan (*consideration*): Indonesia menganggap bahwa pengertian mengenai SMK No:s-188 telah diartikan dengan tanpa alasan yang kuat dan Pemerintah Indonesia tidak menerima *consideration* mengenai hal itu, dan berdasarkan alasan tersebut Pemerintah Indonesia menganggap bahwa maksud dari SMK No:s-188 adalah “tidak bermaksud untuk menciptakan adanya Jaminan.” Arbitral Tribunal memutuskan untuk mengesampingkan hal-hal tersebut, dan menyatakan, dalam Pasal 1314 KUHPerdara yang merupakan bagian yang mengatur tentang kontrak mengatakan “dimana pihak pertama memberikan sesuatu kepada Pihak kedua tanpa menerima keuntungan apapun untuk dirinya”.

J. Satrio mengatakan bahwa sesuai dengan peraturan mengenai Jaminan, maka sebuah janji (*the undertaking*):³⁹

“DOES NOT HAVE TO BE DRAFTED AT THE SAME TIME AS THE MAINCONTRACT for which it is providing a guarantee. The Possibility is not

³⁹J Satrio (b), *Op. Cit.*, Hal. 23.

precluded that a guarantee is not provided until long after the main contract has been existence.”

A fortiori maka prinsip tersebut bisa juga dipakai dalam *independent undertaking* seperti yang termasuk dalam Pasal 1316.

3.1.3.3. Penugasan dan *double jeopardy*

Di dalam *Challenge to Jurisdiction* pada tanggal 5 Oktober 1998 Pemerintah Indonesia berargumen bahwa dikarenakan adanya Penugasan Arbiter untuk memutus perkara ini oleh Pemohon dan *lender*-nya menyebabkan, si Pemohon tidak mempunyai kewenangan untuk menjadi Pihak dalam kasus ini (*kasus Patuha Power v. Republik of Indonesia*), karena tidak mungkin Termohon dimintakan pertanggungjawaban yang sama oleh 2 pihak yaitu *assignor* dan *assignee* (yaitu *PPL* dan *CFSB* yang memberikan fasilitas kredit untuk pembangunan Proyek Patuha) dalam kontrak yang sama, dan Pemerintah Indonesia menyebutnya sebagai “*double jeopardy*”.

Bahwa Arbitral Tribunal menyatakan bahwa sebelumnya telah terjadi kontrak antara *PPL* dengan *CFSB* yaitu *credit facility agreements* untuk membangun Proyek Patuha. Arbitral Tribunal dalam paragraf 191, berpendapat: “*Article 6.3 goes on to provide that upon the occurrence of such an “Event of Default and continuance thereof” the lender’s collateral agent has the right to “substitute” it self “in leu of” the Claimant as party to any contract*”. Dikatakan oleh Arbitral Tribunal bahwa dalam efek dari kontrak tersebut tidak menyebabkan keambiguan. Kontrak tersebut bukan menyebabkan *the lender* untuk menggantikan Pemohon dalam setiap kontrak yang menyangkut proyek Patuha, tetapi “*gives the lenders collateral agent the option to substitute itself by the way of remedy upon the occurrence of an Event of Default and continuance there of*”.

Arbitral Tribunal menyatakan bahwa sebenarnya *Assignor* dan *Assignee* bisa menuntut pemerintah Indonesia, tetapi karena pihak *CFSB* tidak menuntut haknya kepada Pemerintah Indonesia dan pihak *PPL* yang menuntut pemerintah Indonesia, maka tidak terjadi *Double jeopardy*. Arbitral Tribunal menyatakan pemohon tetap mempunyai *legll standing* untuk menuntut pemerintah Indonesia.

3.1.3.4. Pelanggaran kontrak

Bahwa Arbiter berpendapat bahwa Pemerintah Indonesia telah gagal untuk melakukan tindakan yang sesuai dengan janji yang ada, untuk menyebabkan PLN untuk menghormati kewajibannya dalam ESC; dan bahwa PLN telah melanggar ESC yang telah diputus oleh Arbitrase dimana putusan tersebut mengikat dan final. DI dalam SMK No:s-188 disebutkan dengan jelas bahwa Pemerintah Indonesia harus membuat PLN untuk menghormati dan melaksanakan kewajibannya dalam ESC.

Pemerintah Indonesia tidak bisa memperlihatkan bahwa - dan memang tidak memperlihatkan-bahwa Keputusan Arbitrase PLN sebagai *res judicata* – tindakannya dalam menyebabkan PLN untuk melakukan sesuatu bisa menghilangkan pelanggaran kontrak yang dilakukan oleh PLN. Pemerintah Indonesia tidak mempunyai bukti bahwa dia memang telah menyebabkan PLN untuk menghormati kewajibannya untuk membayar Pemohon sesuai dengan Keputusan PLN dimana PLN terikat dengan Pasal 8.3 dan 8.4 dari ESC, walaupun permintaan untuk pembayaran telah dilakukan oleh Pemohon kepada PLN dan Pemerintah Indonesia.

3.2 Aspek-Aspek Hukum Perdata Internasional Dalam Putusan Arbitrase Internasional antara Patuha Power Ltd. v Republik of Indonesia

Permasalahan yang terdapat dalam putusan arbitrase internasional ini merupakan permasalahan Hukum Perdata Internasional (HPI). Hal ini pertama dikarenakan para pihak memiliki status personal yang berbeda yang tunduk pada hukum yang berbeda. Perbedaan hukum ini merupakan Titik Pertalian Primer (TPP) yang menjadi pembeda bahwa suatu masalah termasuk dalam lingkup HPI.

3.2.1.1 Titik Pertalian Primer (TPP)

TPP merupakan bagian yang penting dalam HPI, karena TPP yang pertamakali memberi petunjuk kepada kita bahwa masalah yang kita hadapi adalah masalah HPI.⁴⁰ Dan seperti yang dikatakan sebelumnya TPP dari putusan

⁴⁰Sudargo Gautama (c), *Pengantar Hukum Perdata Internasional Indonesia*, cet. kelima, (Bandung: Bina Cipta, 1987), hal. 21.

arbitrase internasional antara Patuha v. Pemerintah Indonesia ini adalah status personal badan hukum dan tempat kedudukan badan hukum.

a. Status Personal Badan Hukum

Dalam HPI, persoalan badan hukum ditempatkan lazimnya dalam pembicaraan *status personal*.⁴¹ Sebab seperti halnya individu, badan hukum juga mempunyai status personalnya. Titik taut penentu status personal badan hukum yang harus digunakan untuk mengetahui kewarganegaraan badan hukum, adalah berdasarkan teori inkorporasi, teori tentang tempat kedudukan secara statutair dan teori tentang tempat kedudukan manajemen yang efektif.

1. Teori Inkorporasi

Menurut teori ini, badan hukum takluk kepada hukum tempat ia diciptakan, didirikan dan dibentuk, yakni negara yang hukumnya telah diikuti pada waktu mengadakan pembentukan badan hukum tersebut.⁴²

2. Teori tentang Tempat Kedudukan secara Statutair

Menurut teori ini, badan hukum tunduk pada hukum dari tempat dimana menurut statuten badan hukum bersangkutan mempunyai kedudukannya.⁴³ Dalam prakteknya, titik taut hukum inkorporasi dan hukum tempat kedudukan statutair adalah sama. Hal ini terjadi karena pada umumnya pembentukan badan hukum dilakukan pada tempat kedudukan statutair.⁴⁴

3. Teori tentang Tempat Kedudukan Manajemen yang Efektif

Menurut teori ini, badan hukum tunduk pada hukum dari negara di mana pusat manajemen dilakukan (*legal seat* atau *headquarters central office siegel reel*).⁴⁵

Menurut Keputusan Menteri Keuangan RI No. 740/KMK 00/1989 yang dimaksud dengan Badan Usaha Milik Negara (BUMN) adalah: Badan usaha yang seluruh modalnya dimiliki oleh negara (Pasal 1 ayat 2a) atau badan usaha yang

⁴¹Sudargo Gautama (d), *Hukum Perdata Internasional Indonesia*, Jilid III Bagian I, Buku ke 7, ed. 2, cet. 1, (Bandung: Penerbit Alumni, 1995), hal. 326.

⁴²*Ibid.*, hal. 336.

⁴³Sudargo Gautama (c), *Op. cit.*, hal. 337.

⁴⁴*Ibid.*

⁴⁵Sudargo Gautama (d), *Op. cit.*, hal. 327.

tidak seluruh sahamnya dimiliki oleh Negara tetapi statusnya disamakan dengan BUMN yaitu (Pasal 1 ayat 2b):

1. BUMN yang merupakan patungan antara pemerintah dengan pemerintah daerah,
2. BUMN yang merupakan patungan antara BUMN dengan BUMN lainnya,
3. BUMN yang merupakan badan – badan usaha patungan dengan swasta nasional/asing dimana negara mempunyai saham mayoritas minimal 51%.

Negara-negara dengan sistem *common law* semuanya menganut teori inkorporasi, sedangkan negara-negara dengan sistem *civil law* umumnya menganut teori kedudukan manajemen yang efektif.⁴⁶

Patuha Power Ltd didirikan berdasarkan Hukum Negara Bermuda. Negara Bermuda merupakan negara koloni Inggris yang tertua. Sistem hukum yang dianut oleh Bermuda sama dengan sistem hukum yang dianut Inggris, yakni *common law*. Seperti telah dijelaskan sebelumnya bahwa semua negara *common law* menganut prinsip inkorporasi, demikian halnya dengan Bermuda. Dalam kasus ini, HCE dan PPL merupakan anak perusahaan CalEnergy yang berbasis di Amerika Serikat. Walaupun demikian, sesuai dengan prinsip inkorporasi, HCE dan PPL tunduk pada Hukum Bermuda karena mereka didirikan berdasarkan hukum negara tersebut.

3.2.2 Titik Pertalian Sekunder

Setelah diketahui bahwa masalah ini adalah masalah HPI, maka perlu diketahui hukum manakah yang berlaku.⁴⁷ Di dalam HPI terdapat teori yang membebaskan untuk memilih hukum mana yang mereka kehendaki supaya diperlakukan untuk kontrak yang mereka buat. Tetapi mereka tidak diberi kewenangan untuk secara *otonom* menentukan sendiri hukum yang berlaku bagi mereka. Para pihak juga tidak mempunyai kemampuan untuk membuat sendiri

⁴⁶*Ibid.*, hal 337-340.

⁴⁷ Sudargo Gautama (c), *Op. Cit.*, Hal. 34.

undang-undang yang berlaku bagi mereka. Tidak ada kewenangan untuk menciptakan hukum bagi para pihak yang berkontrak. Kebebasan untuk melakukan pilihan hukum ini hanya dibatasi pada bidang hukum kontrak, yang mengandung unsur-unsur internasional.⁴⁸ Dalam putusan arbitrase internasional antara Patuha Power Ltd. v. Republik of Indonesia ini para pihak setuju untuk menggunakan hukum Indonesia sebagai hukum yang mengatur Surat Menteri Keuangan, dan sepakat untuk memilih UNCITRAL Rules sebagai hukum formil yang mengatur proses beracara arbitrase yang mereka pilih sebagai alternatif penyelesaian sengketa antara Patuha Power Ltd. dengan Pemerintah Indonesia.

3.2.3 Teori-Teori HPI Lain yang Terkait

3.2.3.1 Imunitas Kedaulatan Negara

Imunitas Kedaulatan Negara pada awalnya didasarkan pada tindakan eksekutif yang harus diikuti oleh lembaga legislatif. Hal ini seperti terlihat di dalam perkara Princes Paley Olga v. Weisz and Others. Di dalam kasus tersebut pada saat terjadi revolusi di Rusia, pihak Rusia menguasai semua harta dari Princes Paley Olga tanpa persetujuan Princes Paley. Lalu pemerintah Rusia menjual semua harta tersebut kepada Weisz. Ketika barang-barang yang dijual kepada Weisz tersebut berada di Inggris, Princes Paley mengenali harta tersebut, lalu mengajukan tuntutan ke Pengadilan Inggris untuk mendapatkan hartanya kembali. Putusan pengadilan Inggris pada akhirnya adalah memenangkan Weisz (Tergugat) berdasarkan *act of state doctrine*. Pertimbangan hakim Inggris adalah pihak eksekutif Inggris telah mengakui pemerintah Revolusioner Rusia secara *de facto* pada 16 Maret 1921 dan secara *de jure* pada 1 Februari 1924. *Act of state doctrine* ini kemudian berkembang dengan doktrin *state immunity* atau imunitas kedaulatan negara.

Pada masa sekarang, manakala aktivitas komersial (dagang atau bisnis) semakin meningkat, negara-negara mulai meninggalkan ketentuan lama tentang kekebalan absolut. Langkah ini dilakukan guna mempermudah transaksi dagang. Hubungan dagang antara negara yang memiliki imunitas dan pedagang yang

⁴⁸ Sudargo Gautama (e), *Hukum Perdata Internasional Indonesia*, Buku kelima, (Bandung: Alumni, 1998), Hal. 4.

tunduk pada yurisdiksi pengadilan, merupakan kedudukan yang tidak sederajat. Pada saat ini perkembangan imunitas kedaulatan negara menimbulkan doktrin dalam hukum internasional, yaitu doktrin imunitas terbatas atau restriktif (*the doctrine of restrictive state immunity*). Berdasarkan doktrin restriktif ini negara hanya mempunyai kedaulatan dalam kegiatan tertentu saja. Dalam hal ini, tindakan-tindakan negara dapat digolongkan dalam dua bentuk. Yaitu *iure imperii* (negara bertindak sebagai negara) dan *iure gestionis* (negara bertindak sebagai pedagang).⁴⁹

Dalam hukum internasional, terdapat beberapa kriteria atau tolak ukur (*test*) untuk menentukan apakah suatu tindakan atau perbuatan negara adalah *iure imperii* atau *iure gestionis*. Pertama, adalah kriteria maksud dari tindakan (*purpose of the act*). Menurut kriteria ini untuk mengklasifikasikan tindakan negara cukup melihat maksud dari tindakan tersebut, apabila pembelian suatu kapal angkut dimaksudkan untuk menjadikan sebagai pesawat militer, maka transaksi tersebut adalah *iure imperii*. Lalu yang kedua, adalah kriteria sifat dari suatu tindakan (*nature of the act*). Menurut kriteria ini, untuk melihat suatu tindakan negara tersebut komersial atau bukan cukup melihat sifat dari tindakan. Jual beli pesawat angkut pada sifatnya adalah komersial. Karena itu tindakan negara membeli pesawat adalah perbuatan komersial atau *iure gestionis*.⁵⁰

Di dalam Putusan Arbitrase Internasional antara *Patuha Power Ltd. v Republic of Indonesia*, yang menjadi persoalan adanya permohonan adanya penyelesaian sengketa melalui arbitrase adalah Surat Menteri Keuangan No:s-188/mk.016/1996, dimana Pemerintah Indonesia dalam pembelaannya mengatakan bahwa Surat Menteri keuangan tersebut merupakan suatu kebijakan publik sedangkan Arbitral Tribunal menganggap bahwa SMK No:s-188 merupakan suatu perjanjian perdata yang menimbulkan kewajiban perdata bagi Pemerintah Indonesia yaitu adanya pemberian ganti rugi. Perbedaan pendapat ini menimbulkan persoalan mengenai sifat tindakan negara. Mengenai masalah ini ada baiknya kita menggunakan test yang terdapat dalam hukum internasional

⁴⁹*Ibid.*, Hal. 198.

⁵⁰*Ibid.*, Hal. 200.

untuk menentukan apakah suatu tindakan itu merupakan *iure imperii* atau *iure gestionis*.

Berdasarkan *purpose of the act* atau *purpose test* maka harus dilihat tujuan dibuatnya Surat Menteri Keuangan tersebut. Berdasarkan Pasal 1 ayat (2) Peraturan Pemerintah Nomor 12 Tahun 1998 Tentang Perusahaan Perseroan (PERSERO), PLN merupakan badan usaha milik negara yang dibentuk berdasarkan Undang-Undang Nomor 9 Tahun 1969 yang berbentuk Perseroan Terbatas sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1995 yang seluruh atau paling sedikit 51% saham yang dikeluarkannya dimiliki oleh negara melalui penyertaan modal secara langsung.⁵¹ Dalam Pasal 2 ayat (1) dijelaskan bahwa PERSERO dibentuk dengan modal yang berasal dari kekayaan negara yang dipisahkan.⁵² Adapun modal yang disertakan dalam PLN adalah seluruhnya milik negara.⁵³

Keberadaan PLN sebagai Badan Usaha Milik Negara (BUMN) tidak lepas dari tujuan dibentuknya negara Republik Indonesia, yakni mewujudkan masyarakat yang adil dan makmur, sebagaimana yang dicantumkan dalam Pembukaan UUD 1945. Selanjutnya sebagai rujukan utama untuk menyusun perekonomian Indonesia, maka keberadaan PLN didasarkan pada Pasal 33 UUD 1945 yang berbunyi:

1. Perekonomian Indonesia disusun sebagai usaha bersama berdasarkan asas kekeluargaan
2. Cabang-Cabang Produksi yang penting dan menguasai hajat hidup orang banyak dikuasai oleh negara
3. Bumi, air dan segala kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh Negara dan dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.⁵⁴

⁵¹Indonesia, *Peraturan Pemerintah tentang Perusahaan Perseroan (Persero)*, PP No. 12 Tahun 1998, LN No. 15 Tahun 1998, TLN 3731.

⁵²*Ibid.*, “Setiap penyertaan modal negara ke dalam modal saham Perseroan Terbatas ditetapkan dengan Peraturan Pemerintah yang memuat maksud penyertaan dan besarnya kekayaan negara yang dipisahkan untuk penyertaan modal tersebut.”

⁵³Akta Perubahan Anggaran Dasar PT. Perusahaan Listrik Negara (Persero) Nomor: C-13047 HT.01.04.Th.2001.

Listrik sebagai cabang produksi yang penting dan menguasai hajat hidup orang banyak dikuasai oleh negara yang pengelolaannya dilakukan melalui PLN.

PLN yang keberadaannya dilandasi oleh Pasal 33 UUD 1945 pada prinsipnya merupakan badan usaha yang didirikan oleh negara dengan mengemban dua fungsi, yaitu fungsi ekonomi dan fungsi sosial. PLN memiliki fungsi ekonomi sebagai badan usaha yang mengelola listrik dan memupuk modal nasional sehingga keberadaannya dapat menjadi salah satu sumber penerimaan negara yang digunakan untuk melaksanakan pembangunan nasional. Dalam fungsi sosial, PLN sebagai badan usaha yang mengelola listrik di Indonesia, terutama yang menguasai hajat hidup orang banyak, sehingga dapat dinikmati oleh masyarakat dengan harga murah dan terjangkau.

Sebagai BUMN yang berbentuk Persero, PLN didirikan dengan maksud dan tujuan untuk mencari keuntungan. Walaupun demikian, salah satu fungsi dan ciri pokok dari PLN adalah bertujuan untuk melaksanakan pelayanan kepentingan masyarakat, dalam hal ini memenuhi kebutuhan rakyat akan tersedianya listrik.⁵⁵ Mengacu pada Pasal 33 UUD 1945, fungsi negara yang diwakili oleh Pemerintah dalam PLN (BUMN) adalah memimpin kegiatan ekonomi dengan mengintegrasikan kegiatan ekonomi nasional serta menjaga efisiensi kinerja BUMN dengan mekanisme yang jelas.

Seperti dijelaskan sebelumnya dalam Undang-Undang Nomor 15 Tahun 1985, dikatakan bahwa tenaga listrik pada dasarnya dilakukan oleh Negara yang penyelenggaraannya dilakukan oleh BUMN sebagai PKUK. Apabila BUMN tidak bisa memenuhi kebutuhan tenaga listrik, maka pihak swasta bisa diikutsertakan sebagai PIUK. Tenaga listrik yang diusahakan oleh pihak swasta ini bisa dijual kepada PLN, dimana perjanjian jual belinya dapat dilakukan melalui *PPC* atau *ESC*. Pemerintah mengeluarkan SMK No:s-188 ini berdasarkan, kontrak ESC tidak akan ditandatangani jika belum ada SMK No:s-188. Maka bila dilihat dari tujuannya maka SMK No:s-188 merupakan Surat Menteri yang ditujukan agar terciptanya persediaan listrik bagi masyarakat Indonesia, sehingga Pemerintah

⁵⁴Indonesia, Undang-Undang Dasar 1945, Pasal 33.

⁵⁵Indonesia, *Peraturan Pemerintah tentang Perusahaan Perseroan (Persero)*, PP No. 12 Tahun 1998, *op. cit.*, Pasal 4 dan penjelasannya.

dalam hal ini bertindak sebagai Negara.

Test yang kedua adalah melihat *Nature of the act* dari SMK No:s-188. Berdasarkan test ini maka harus dilihat dari sifat yang terdapat dalam Surat Menteri Keuangan, apakah bersifat komersial atau bukan. SMK No:s-188 dikeluarkan oleh Menteri Keuangan yang merupakan organ administrasi negara, walaupun termasuk Badan dan Jabatan Tata Usaha Negara administrasi negara belum tentu setiap tindakannya dalam penampakkannya merupakan tindakan negara atau *iure imperii*.

Di dalam Undang-Undang No. 5 Tahun 1986 di dalam Peraturan perundang-undangan kita yang dikeluarkan oleh Badan dan Jabatan TUN dapat dikelompokkan kedalam.⁵⁶

1. Keputusan Tata Usaha Negara yang merupakan pengaturan yang bersifat umum (Pasal 2 ayat b)
2. Penetapan tertulis yang bersifat konkret dan individual (*beschikking*) dengan berbagai macam ragam bentuk dan wujudnya (Pasal 1 ayat 3),⁵⁷ dan
3. Keputusan Tata Usaha Negara yang merupakan perbuatan hukum perdata (Pasal 2 ayat 2).

Lebih lanjut diterangkan bila melihat peraturan yang terdapat di Indonesia maka, tindakan administrasi negara ada 2 bidang yaitu, dalam bidang hukum publik dan dalam bidang hukum perdata. Tindakan administrasi negara

⁵⁶Untuk Lebih jelasnya Lihat. Undang – Undang NO. 5 Tahun 1986.

⁵⁷Keputusan Tata Usaha Negara bila dilihat dari alamat yang dituju oleh norma bersangkutan, maka norma-norma hukum itu dapat bersifat umum (tertuju terhadap orang-orang yang tidak tentu) atau bersifat individual (tertuju terhadap orang-orang tertentu). Sedang jika diukur dari hal – hal atau keadaan yang diaturnya, maka norma hukum tersebut bersifat abstrak (hal-hal atau keadaan yang tidak tertentu) atau bersifat konkret (tertuju terhadap hal-hal atau keadaan –keadaan tertentu). Penerapan dari kedua macam ukuran ini menghasilkan empat kelompok norma, yaitu:

- 1.bersifat umum–abstrak (contohnya Presiden mengeluarkan suatu peraturan pemerintahan dalam rangka pelaksanaan suatu ketentuan UUD)
- 2.bersifat umum–konkret (contohnya Gubernur mengeluarkan keputusan yang menyatakan, bahwa daerahnya terjangkit penyakit rabies)
- 3.bersifat individual–abstrak (contohnya ijin untuk mendirikan pabrik cat yang disertai bermacam–macam syarat atau ketentuan–ketentuan, umpamanya tentang cara pembuangan air limbah listrik yang bersangkutan)
- 4.bersifat individual konkret (contohnya suatu *ketetapan pajak, SK pengangkatan atau pemberhentian pegawai*)

dalam hukum publik merupakan tindakan sepihak yang dilakukan pemerintah dan khusus melaksanakan tugas – tugas pemerintahan berdasarkan wewenang yang luar biasa. Tindakan administrasi negara dalam hukum publik dapat terdiri dari dua bagian, yaitu:⁵⁸

1. Tindak administrasi Negara bersegi dua (*tweezijdige publiek rechtelijke handelingen*).

Dalam tindakan hukum bersegi dua (*perjanjian/overeenkomst*) ada persesuaian kehendak (*wilsovereen – komst*) antara dua pihak yang diatur oleh hukum istimewa, yaitu peraturan hukum publik, bukan diatur dalam hukum biasa atau KUHPerdara

2. Tindak Administrasi Negara Bersegi Satu (*eenzijdige publiek rechtelijke handelingen*).

Dalam bidang ini Tindak Administrasi Negara akan menghasilkan berbagai keputusan dalam arti luas, antara lain:⁵⁹

- a. peraturan (*regeling besluit*), yaitu keputusan pelaksanaan (*politiets daad*), sifat keputusan adalah umum, abstrak, dan berlaku terus menerus (*dauer haflig*, disebut juga *delegated legislation*).
- b. Rencana (*plan*)

Menurut Prajudi Atmosudirjo, rencana merupakan seperangkat tindakan terpadu dengan tujuan agar tercipta suatu keadaan tertib bilamana tindakan tersebut selesai direalisasikan. Suatu rencana menunjukkan kebijakan yang akan dijalankan oleh Administrasi Negara pada lapangan tertentu.

Sedangkan tindakan Administrasi Negara dalam bidang hukum perdata dapat dibedakan dalam:⁶⁰

1. Perjanjian perdata biasa.

Macam perjanjian ini merupakan bentuk perjanjian yang paling banyak

⁵⁸Safri Nugraha et.al, *Hukum Administrasi Negara*, (Jakarta: Fakultas Hukum UI, 2005), Hal. 62.

⁵⁹*Ibid.*, Hal. 63.

⁶⁰Indroharto, *Perbuatan Pemerintahan Menurut Hukum Publik dan Hukum Perdata*, (Jakarta: LPPHAN, 1995), Hal. 101 – 111.

dilakukan. Perjanjian yang dilakukan adalah seperti jual beli alat keperluan kantor, melakukan hubungan sewa menyewa, pemborongan pekerjaan dan sebagainya. Perjanjian perdata semacam ini membawa akibat dipertanggungjawabkannya harta kekayaan negara guna memenuhi perjanjian tersebut. Setiap perjanjian yang dilakukan oleh Pemerintah selalu didahului oleh adanya suatu keputusan Tata Usaha Negara (untuk selanjutnya disebut TUN) untuk melakukan suatu tindakan hukum perdata baik yang berupa perjanjian perdata biasa maupun bentuk perjanjian yang lain. Setelah ada keputusan tersebut barulah perjanjian perdata (tindakan hukum perdata) yang dimaksud dilakukan.

2. Perjanjian mengenai wewenang pemerintahan.

Yang dimaksud dengan perjanjian mengenai wewenang pemerintahan adalah perjanjian antara Badan atau Jabatan TUN dengan warga masyarakat dan yang diperjanjikan adalah mengenai cara Badan atau Jabatan TUN menggunakan wewenang pemerintahannya. Untuk membedakan dengan perjanjian perdata biasa, maka dalam literatur ada yang menamakan perjanjian mengenai wewenang ini dengan nama “perjanjian menurut hukum publik”. Telah diakui bahwa Badan atau Jabatan TUN pada waktu menerapkan wewenang pemerintahannya yang bersifat bebas itu dapat menuangkan kebijaksanaan yang dibuatnya sendiri yang tentu bersifat umum. Dengan demikian apa salahnya kalau hal itu dilakukannya terhadap seorang saja yang lalu berkedudukan sebagai lawan kontraknya. Secara umum tidak ada yang menyangkal bahwa pemerintah itu pada waktu menerapkan wewenang pemerintahannya boleh memberikan keterangan–keterangan penjelasan–penjelasan atau semacam janji–janji tentang kebijaksanaan yang ditempuhnya. Jadi sepanjang Badan atau Jabatan Tata Usaha Negara memiliki kebebasan kebijaksanaan (wewenang pemerintahannya sendiri yang bersifat diskresioner), maka ia juga bebas menentukan kebijaksanaannya sendiri dan menentukan apakah dalam hal demikian ia akan mengikat dirinya dalam suatu perjanjian.

3. perjanjian mengenai kebijaksanaan pemerintah.

Yang dilakukan objek perjanjian dalam hal ini adalah mengenai hak

kebendaan (harta kekayaan) pemerintah yang dimaksudkan sebagai sarana untuk mencapai tujuan – tujuan dari kebijaksanaan yang ditempuhnya. Kelompok perjanjian yang penting dalam hal ini adalah transaksi mengenai harta–harta tidak bergerak dimana untuk mencapai tujuan–tujuan kebijaksanaan yang ditempuh itu dimaksudkan klausul mengenai:

- kemungkinan–kemungkinan penggunaan maupun pendirian bangunan–bangunan (pengaturan tentang tata ruang);
- ketentuan – ketentuan yang berlaku untuk pemindah tangan harta kekayaan negara;
- syarat–syarat lingkungan hidup;
- ketentuan–ketentuan yang harus selalu dilaksanakan oleh mereka yang diberi ijin melakukan usaha–usaha sosial;
- persyaratan perusahaan parkir diseluruh kota, dan sebagainya.

4. perjanjian jual beli dan jasa.

Distribusi dan penyerahan listrik, energi, air minum dan gas masih dilakukan oleh BUMN. Dalam pasal – pasal yang menyangkut hal tersebut, hanya ditentukan antara lain mengenai hubungan hukum yang mungkin dapat dilakukan dengan rumusan, “Perusahaan diberi wewenang dan bertanggung jawab untuk: membuat perjanjian– perjanjian dengan pihak ketiga mengenai pembelian dan/atau penjualan tenaga listrik”. Jadi yang diatur hanya hubungan hukum sebagai penjual – pembeli barang dan/atau jasa. Kelanjutan secara terperinci diserahkan kepada *stelsel* dari perjanjian–perjanjian yang terjadi antara masing–masing penjual dan pembeli. Dalam praktek perjanjian yang terjadi itu tidak benar–benar bersifat individual (kecuali umpamanya mengenai perjanjian yang besar umpamanya dengan seorang kontraktor pembangunan pembangkit tenaga listrik), pada umumnya perjanjiannya merupakan kontrak–kontrak standar, dimana syarat– syarat (kondisi–kondisi) perjanjiannya diletakkan dalam syarat–syarat penyerahan yang ditentukan oleh pihak PLN sendiri.

Lalu berada dimanakah Surat Menteri Keuangan, apakah dia termasuk dalam tindakan administrasi negara dalam bidang hukum publik ataukah tindakan administrasi negara dalam bidang hukum perdata.

Bila melihat ke dalam isi SMK No:s-188, Pemerintah mengajukan SMK No:s-188 kepada *Himpurna California Energy Ltd.* dan kepada *Patuha Power Ltd.*, maka bisa dikatakan bahwa Menteri Keuangan mengeluarkan kebijakan yang bersifat individual. Lalu didalam Surat Menteri Keuangan tersebut terdapat kalimat:

“As long as the Deliver’s material obligations which are due under the ESC and JOC have been fulfilled, the Government of the Republic of Indonesia will cause Pertamina and PLN their succesors and assigns, to honor and perform their obligations as due in the above mentioned contracts”

Di dalam kalimat tersebut terdapat syarat-syarat yang diberikan pemerintah, bahwa jika kontrak mengenai pemberian energi panas bumi untuk pembangkit tenaga listrik sudah dilakukan seperti yang terdapat dalam ESC dan JOC, maka Pemerintah akan berusaha untuk menyebabkan Pertamina dan PLN untuk menghormati dan melaksanakan kewajiban mereka seperti yang terdapat dalam kontrak tersebut. Dilihat dari hal tersebut maka Pemerintah telah memberikan suatu janji kepada *Himpurna California Energy Ltd.* untuk melakukan sesuatu jika kewajiban penyediaan energi sudah dilakukan. Dilihat dari ketentuan tersebut SMK No:s-188 memang mengandung unsur kebijakan dalam bidang hukum publik, tetapi disisipkan suatu ketentuan yang termasuk dalam bidang hukum perdata.

Tindakan pemerintah yang memberikan janji untuk melakukan sesuatu apabila PLN tidak bisa membayar ini harus dilihat, apakah pemerintah melakukan tindakan ini dikarenakan pemerintah karena tugasnya sebagai negara yang harus mengeluarkan kebijakan agar tersedianya listrik demi memenuhi kebutuhan listrik masyarakat, atau sebenarnya tindakan sebagai pemegang saham penuh dari PLN. Karena bila PLN berhutang maka pemerintah sebagai pemegang saham bisa dikenakan pertanggungjawabannya. Dan sebenarnya pemberian janji untuk melakukan sesuatu ini bisa saja dilakukan oleh Direksi PLN, agar *Patuha Power Ltd.* mau menandatangani kontrak dengan PLN. Selain hal tersebut, dalam SMK No:s-188 tersebut juga berisikan klausula mengenai adanya penyelesaian sengketa melalui proses arbitrase, dimana arbitrase biasanya menyelesaikan masalah–

masalah hukum dagang yang termasuk dalam hukum perdata.

Dilihat dari alasan dikeluarkannya SMK No:s-188, yaitu agar pihak pemohon yaitu Patuha Power ltd. mau menandatangani JOC dan ESC, maka bisa dilihat bahwa sebenarnya Surat Menteri Keuangan tersebut merupakan suatu tindakan diskresi dari Menteri Keuangan demi terciptanya energi listrik yang diusahakan oleh pihak swasta yaitu *Patuha Power ltd.* Menteri Keuangan dalam hal ini menuangkan kebijaksanaan bahwa pemerintah akan berjanji akan melakukan sesuatu bila pihak swasta telah selesai melakukan hal yang diperjanjikan dalam *ESC* dan *JOC* yaitu menyediakan energi listrik yang akan diberikan kepada PLN untuk kembali dijual kepada masyarakat Indonesia. Dan pemerintah melalui Menteri Keuangan sepakat menuangkan kebijakan dalam bentuk perjanjian dengan pihak *California Energy ltd.* Berdasarkan hal-hal tersebut maka Surat Menteri Keuangan tersebut bisa dikategorikan sebagai hasil tindakan administrasi negara dalam bidang hukum perdata, dimana pemerintah melakukan perjanjian mengenai wewenang pemerintahan.

Dalam Pasal 11 ayat (2) UUD 1945 dikatakan “Presiden dalam membuat perjanjian internasional lainnya yang menimbulkan akibat yang luas dan mendasar bagi kehidupan rakyat yang terkait dengan beban keuangan negara, dan/atau mengharuskan perubahan atau pembentukan undang-undang harus dengan persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat.” Dalam hal ini SMK No:s-188 bukan termasuk perjanjian internasional yang dimaksudkan di dalam Pasal 11 ayat (2) UUD 1945, karena di dalam SMK No:s-188 Pemerintah Indonesia tidak bermaksud untuk menjadikan SMK No:s-188 sebagai suatu bentuk jaminan kepada pihak *PPL*, tetapi hanya dimaksudkan sebagai suatu janji untuk melakukan tindakan kepada PLN agar memenuhi kewajibannya di dalam *ESC*. Maka Pemerintah Indonesia tidak perlu meminta persetujuan DPR untuk membuat SMK No:s-188.

Jadi SMK No:s-188 tersebut berdasarkan *purposed test* dikategorikan sebagai suatu tindakan negara sebagai negara, dan dalam *nature test* dilihat bahwa Surat Menteri Keuangan tersebut merupakan suatu perjanjian perdata, maka SMK No:s-188 dapat dikategorikan sebagai suatu tindakan negara yang berada dalam hukum perdata (tindakan negara quasi perdata), karenanya Pemerintah dapat

bertanggung jawab secara perdata.

3.3 Tanggung Jawab Pemerintah Indonesia Berdasarkan Surat Menteri Keuangan No:s-188/mk.016/1996 kepada Patuha Power Ltd.

Di dalam berbagai hubungan hukum dimana penguasa menjadi pihak selalu dipengaruhi oleh tugasnya menurut hukum publik sebagai penjaga dan pemelihara kepentingan umum dan karena itu selalu bernada hukum publik pula. Karena Badan atau Jabatan Tata Usaha Negara ada kalanya selain mengeluarkan penetapan tertulis biasanya mengeluarkan wewenang sendiri pada waktu ia melaksanakan suatu bidang urusan pemerintahan juga tidak jarang melakukan tindakan hukum perdata yang mengikat lembaga hukum publik yang menjadi induknya yang berkedudukan sebagai badan hukum (perdata), maka ada perlunya untuk menentukan kapan kita menghadapi suatu Penetapan Tertulis biasa dan mana yang harus kita anggap sebagai tindakan hukum perdata yang formalnya harus dianggap sebagai tindakan hukum perdata yang formalnya harus dianggap sebagai dilakukan oleh lembaga hukum publiknya yang berkedudukan sebagai badan hukum (perdata).⁶¹

Walaupun Pemerintah mempunyai kedudukan khusus karena segala sesuatunya dilakukan demi kepentingan umum, dimana terkadang harus boleh melakukan hal-hal yang dalam keadaan yang sama dilarang bagi orang lain, tetapi bukan berarti berarti pemerintah tidak bisa dibawa kedalam pengadilan. Apabila pemerintah sudah melakukan kontrak yang mempunyai karakteristik keperdataan maka dia mempunyai kedudukan yang sama dengan pihak dimana pemerintah melakukan suatu perjanjian. Karena itu dia bisa dimintai pertanggung jawaban secara perdata.

Dikarenakan Pemerintah Indonesia telah mengeluarkan SMK No:s-188 yang mempunyai karakteristik sebagai suatu perjanjian perdata, maka Pemerintah Indonesia bisa dimintakan pertanggungjawabannya secara perdata. Pertanggungjawaban yang diputus oleh Arbitral Tribunal di dalam kasus *Patuha Power Ltd v Republic of Indonesia* adalah pertanggungjawaban sesuai dengan Pasal 1316 KUHPperdata.

⁶¹*Ibid.*, Hal. 101 – 111.

Alasan yang diberikan Arbitral Tribunal adalah bahwa SMK No:s-188 tersebut memberikan sesuatu janji yaitu “akan menyebabkan PLN untuk menghormati dan melaksanakan kewajibannya di dalam ESC....” Dimana hal ini sesuai dengan Pasal 1316 KUHPerdara. Arbitral Tribunal berpendapat SMK No:s-188 merupakan kontrak yang diatur di dalam Pasal 1316 KUHPerdara, dengan memakai teori yang dibuat J. Satrio yang menganggap bahwa pasal 1316 KUHPerdara adalah Pasal yang mengatur mengenai garansi, dimana pemberi garansi menjamin bahwa seorang pihak ketiga akan berbuat sesuatu.⁶²

Terdapat perbedaan antara perjanjian garansi dengan perjanjian penanggungan, yaitu:

1. perjanjian garansi berdiri sendiri, sedangkan perjanjian penanggungan bersifat accesoir.⁶³ Arbiter menganggap bahwa SMK No:s-188 tersebut berdiri sendiri dengan berpendapat bahwa kata-kata SMK No:s-188 merupakan kontrak yang mempunyai “*direct and primary obligation.*” Sedangkan penulis menganggap bahwa SMK No:s-188 tidak berdiri sendiri, karena terdapat perkataan “*as long as the Deliver material obligation under which are due under the ESC and JOC have been fulfilled, the government of Indonesia will cause...*”⁶⁴ Jadi di dalam SMK No:s-188 terlihat masih terdapat perjanjian utama yang dijadikan syarat terlaksananya SMK No:s-188, sehingga SMK No:s-188 merupakan perjanjian accesoir.
2. perjanjian penanggungan akan ada bila ada perikatan lain (yang dijamin), maka dalam perjanjian garansi tidak ada syarat seperti itu, bahkan biasanya perjanjian garansi justru diberikan sebelum pihak ketiga yang dijamin terikat.⁶⁵ Memang benar bahwa SMK No:s-188 tersebut dibuat sebelum perjanjian ESC ditandatangani.
3. di dalam perjanjian garansi adanya kewajiban dari pihak ketiga yang

⁶² J. Satrio (b), *Op. Cit.*, Hal. 11.

⁶³ *Ibid.*, Hal. 12.

⁶⁴Lihat. Surat Menteri Keuangan No:s-188/mk.016/1996.

⁶⁵*Ibid.*, Hal. 9.

berkewajiban memenuhi prestasi tertulis jelas dalam perjanjian pokok yang berdiri sendiri, dimana seseorang berjanji untuk menanggung kerugian yang akan diderita pihak lawannya, manakala pihak ketiga tidak memenuhinya, sedang dalam perjanjian penanggungan adanya kewajiban untuk memenuhi prestasi dari penanggung (manakala debitur wanprestasi) tercantum dalam perjanjian *accessoir*.⁶⁶

4. Perbedaan yang lain adalah bahwa pada perjanjian garansi kewajiban yang harus dipenuhi guna pihak ketiga itu berwujud kewajiban penggantian kerugian, sedangkan kewajiban pada penanggungan berupa kewajiban memenuhi prestasi.⁶⁷ Didalam perjanjian penanggungan tidak tertulis secara jelas bahwa Pemerintah akan memberikan ganti kerugian apabila PLN wanprestasi, tetapi akan menyebabkan PLN untuk menghormati dan melaksanakan kontrak dalam ESC, jadi bila dianggap bahwa SMK No:s-188 merupakan perjanjian yang berisikan adanya jaminan maka perjanjian tersebut adalah kewajiban memenuhi prestasi pihak ketiga.

Jadi menurut penulis SMK No:s-188 tersebut bukanlah merupakan suatu perjanjian perorangan atau perjanjian penanggungan (berdasarkan Pasal 1820 KUHPerduta) ataupun merupakan jaminan garansi (berdasarkan Pasal 1316 KUHPerduta).

Pada saat krisis moneter yang melanda Negara Indonesia pada tahun 1997, telah memaksa Pemerintah Indonesia untuk mengeluarkan keppres 39/1997, yang menunda proyek ESC yang melibatkan *Patuha Power Ltd.* dengan Pemerintah Indonesia. Hal ini mengakibatkan PLN tidak bisa melanjutkan kewajibannya di dalam ESC

Pemerintah Indonesia yang telah berjanji dalam SMK No:s-188, untuk menyebabkan PLN untuk memenuhi kewajibannya membayar kewajibannya dalam ESC, tetapi mengeluarkan kebijakan yang membuat PLN tidak bisa memenuhi kewajibannya. Karena itu berdasarkan SMK No:s-188 Pemerintah

⁶⁶*Ibid.*, Hal 10.

⁶⁷Sri Soedewi, *Op. Cit.*, Hal. 83.

Indonesia harus bertanggung jawab untuk memaksa PLN agar memenuhi kewajibannya sesuai dengan *ESC*.

Hutang PLN terhadap *California Energy ltd.* dan *Patuha Power ltd.* melebihi modal yang dipunyai oleh PLN, maka Pemerintah Indonesia tidak mungkin untuk memaksa PLN untuk tetap memenuhi kewajibannya di dalam *ESC*, yang menyebabkan PLN pailit. Maka, Pemerintah Indonesia bertanggung jawab untuk mencari jalan lain agar kewajiban PLN kepada *Patuha Power Ltd.* bisa diselesaikan.

Sesuai dengan Putusan Arbitrase Internasional antara *Patuha Power Ltd. v Republic of Indonesia*, PLN dan Pemerintah Indonesia diharuskan membayar sejumlah USD 573 lebih dalam waktu 30 hari. Setelah pihak Indonesia tidak bersedia membayar klaim arbitrase, maka dilakukan pendekatan politis, dimana pihak pemohon mengajukan klaim asuransi politik yang ditutup oleh Overseas Private Investment Corporation (OPIC).

Kemudian pada tanggal 18 November 1999, setelah Midamerican Energy Co. menandatangani keseluruhan syarat legalitas dengan OPIC, bersama sindikan asuransi Lyod di London, mengajukan klaim ke Indonesia. Selanjutnya OPIC mengajukan klaim asuransi sejumlah USD 290 juta kepada RI, ditambah syarat bahwa Pemerintah Indonesia harus membayar hutang-hutang HCE dan PPL pada konsorsium Bank Eropa yang berjumlah USD 144 juta.

CalEnergy/MidAmerican melakukan klaim pembayaran penggantian asuransi yang dikabulkan OPIC melalui pemerintah Amerika Serikat yang kemudian menuntut Pemerintah Indonesia untuk membayar ganti rugi yang telah dikeluarkan kepada OPIC tersebut. Penyelesaian sengketa ini akhirnya dilakukan melalui skema *global settlement* dimana Pemerintah menyelesaikan secara komprehensif yang menyangkut klaim OPIC maupun klaim piutang *lenders* (konsorsium Bank Eropa), dengan melakukan restrukturisasi dan pengembangan lebih lanjut dari unit-unit pembangkit tenaga listrik PLTP Dieng dan PLTP Patuha.

Akhirnya disepakati pembayaran USD 260 juta dari USD 290 juta yang diminta, dengan kondisi *comperable* dengan skema *Paris Club* yaitu *repayment period* 14 Tahun dengan *grace peride* 3 Tahun. Di pihak lain OPIC memberikan

fasilitas *investment guarantee* kepada Indonesia sebesar USD 100 juta, dan pinjaman sebesar USD 16 juta untuk pembayaran *past due interest* kepada *lenders* USD 10 juta, dan biaya *recomissioning* mesin pembangkit PLTP Dieng sebesar USD 16 juta.

Tujuan *global settlement* adalah agar proyek PLTP Dieng dan PLTP Patuha dapat dikembangkan lebih lanjut melalui unit-unit pembangkit selanjutnya dengan melakukan penyelesaian utang kepada *lenders*. Tetapi sekalipun klaim OPIC sebesar USD 260 telah diselesaikan melalui pembayaran cicilan yang berpedoman kepada skema *Paris Club*, *lenders* tetap memegang *security interest* atas Dieng/Patuha, dengan kata lain nilai arbitral awards sejumlah sebesar USD 573 juta berada di tangan *lenders*. Selanjutnya Pemerintah melakukan *restructuring* untuk melakukan pengembangan Lapangan Panas Bumi Dieng dan Lapangan Panas Bumi Patuha, Pemerintah menyelesaikan *Claim settlement* dengan OPIC, dan menyelesaikan *Debt Settlement* dengan pihak Lenders.

3.4 Putusan Arbitrase Internasional antara *Patuha Power Ltd v Republic of Indonesia* ditinjau dari Undang-Undang No. 30 Tahun 1999

Suatu putusan arbitrase internasional agar dapat dilaksanakan di Indonesia maka harus mengikuti tata cara pendaftaran dan pencatatan putusan arbitrase Internasional.

Pendaftaran dan pencatatan putusan arbitrase internasional itu bukan hanya agar putusan arbitrase internasional itu diakui dan dilaksanakan tetapi ini juga merupakan syarat utama apabila ada upaya pembatalan dari salah satu pihak. Pendaftaran dan pencatatan putusan arbitrase Internasional ini diatur dalam pasal 67, pasal 68, dan pasal 69 UU No. 30 Tahun 1999.

Berdasarkan UU No. 30 Tahun 1999, permohonan pelaksanaan arbitrase internasional baru dapat dilakukan setelah putusan tersebut diserahkan dan didaftarkan oleh arbiter atau kuasanya kepada Panitera Pengadilan Negeri Jakarta Pusat. Penyampaian berkas permohonan pelaksanaan tersebut harus disertai dengan:⁶⁸

⁶⁸ Indonesia, *Undang-Undang Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa*, UU No. 30 Ln No 138 Tahun 1999, Pasal 67 ayat (2).

- a. lembar asli atau salinan otentik Putusan Arbitrase Internasional, ditulis dalam bahasa Indonesia sesuai dengan ketentuan perihal otentifikasi dokumen asing, dan naskah terjemahan resminya dalam Bahasa Indonesia;
- b. lembar asli atau salinan otentik perjanjian yang menjadi dasar putusan arbitrase internasional sesuai ketentuan otentifikasi dokumen asing, dan naskah terjemahan resminya dalam Bahasa Indonesia;
- c. keterangan dari perwakilan diplomatik Republik Indonesia di negara tempat putusan arbitrase Internasional tersebut ditetapkan, yang menyatakan bahwa negara pemohon terikat pada perjanjian, baik secara bilateral maupun multilateral dengan negara Republik Indonesia perihal pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase internasional.

Selanjutnya setelah Ketua Pengadilan Negeri Jakarta Pusat memberikan perintah eksekusi atau eksekutur, maka pelaksanaan selanjutnya dilimpahkan kepada Ketua Pengadilan Negeri yang secara relatif berwenang melaksanakannya. Pelaksanaan keputusan arbitrase internasional tersebut dilakukan dengan melakukan sita eksekusi atas harta kekayaan serta barang milik termohon eksekusi. Tata cara yang berhubungan dengan penyitaan, maupun pelaksanaan putusan arbitrase internasional tersebut mengikuti tata cara sebagaimana ditetapkan dalam hukum acara perdata.

Terdapat syarat-syarat lain yang harus diperhatikan agar putusan arbitrase internasional dapat dilaksanakan di wilayah hukum Republik Indonesia, seperti:⁶⁹

- a. putusan arbitrase internasional dijatuhkan oleh arbiter atau majelis arbitrase di suatu negara yang dengan negara Indonesia terikat dengan perjanjian, baik secara bilateral maupun multilateral, mengenai pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase internasional;

⁶⁹Indonesia, *Undang-Undang Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa*, Op. Cit., Pasal 66.

- b. putusan arbitrase internasional sebagaimana dimaksud dalam huruf a terbatas pada putusan yang menurut ketentuan hukum Indonesia termasuk dalam lingkup hukum perdagangan, yaitu perniagaan, perbankan, keuangan, penanaman modal, industri, dan hak kekayaan intelektual;
- c. putusan arbitrase internasional yang dimintakan pelaksanaannya tersebut hanya dapat dilaksanakan di Indonesia terbatas pada putusan yang tidak bertentangan dengan ketertiban umum.
- d. Putusan arbitrase internasional dapat dilaksanakan di Indonesia setelah memperoleh eksekutor dari Ketua Pengadilan Negeri Jakarta Pusat
- e. Putusan Arbitrase Internasional yang dimintakan permohonan pelaksanaan tersebut yang menyangkut negara Republik Indonesia sebagai salah satu pihak dalam sengketa, hanya dapat dilaksanakan setelah memperoleh eksekutor dari Mahkamah Agung Republik Indonesia yang selanjutnya dilimpahkan kepada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat.

Putusan Arbitrase Internasional yang menyangkut Negara Republik Indonesia sebagai salah satu pihak dalam sengketa, hanya dapat dilaksanakan setelah mendapat eksekutor dari Mahkamah Agung Republik Indonesia yang selanjutnya dilimpahkan kepada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat.

Di dalam Putusan Arbitrase Internasional antara *Patuha Power Ltd. v Republic of Indonesia*, pihak Pemerintah Indonesia diharuskan untuk mengganti kerugian yang disebabkan PLN tidak bisa memenuhi kewajibannya di dalam ESC kepada pihak PPL dan HCE. Proses arbitrase tersebut diputus di luar negara Republik Indonesia, yaitu di *Hague*,⁷⁰ maka berdasarkan UU 30 Tahun 1999 maka putusan arbitrase tersebut termasuk dalam Putusan arbitrase internasional. Tetapi, putusan arbitrase tersebut, tidak menyebutkan dimana putusan tersebut dilakukan.⁷¹ Putusan arbitrase internasional berdasarkan UU No. 30 Tahun `1999

⁷⁰Di dalam Putusan Arbitrase Internasional antara *Patuha Power Ltd. v Republic of Indonesia* paragraf 14. dikatakan: “ *On, the September 1999, two days before a session convened at The Peace Place in the Hague,,,*”, dari penggalan kata tersebut dapat diambil kesimpulan bahwa, proses Arbitrase ini berada di *Hague*.

Pasal 54 agar bisa diakui dan dilaksanakan di Indonesia, putusan tersebut salah satunya harus memuat tempat dan tanggal putusan arbitrase, karena dalam putusan arbitrase internasional antara *Patuha Power Ltd. v Republic of Indonesia* tidak mencantumkan hal tersebut, maka putusan arbitrase internasional tersebut dianggap tidak otentik, sehingga mengakibatkan putusan tersebut berdasarkan UU No. 30 Tahun 1999 tidak bisa diakui dan dilaksanakan di Indonesia.



⁷¹Karen Mills, “*Enforcement of Arbitral Awards in Indonesia and Other Issues of Judicial Involvement in Arbitration*”, (Jakarta: KarimSyah LawFirm, 2002), Hal. 25.

BAB 4

KESIMPULAN DAN SARAN

Kebutuhan akan listrik menjadi salah satu hal yang krusial untuk pembangunan bagi Negara yang sedang berkembang seperti Indonesia. Karena kebutuhan akan tenaga listrik tidak bisa dikembangkan sendiri oleh Pemerintah Indonesia maka dibutuhkan bantuan Investor asing. Agar investor asing mau menanamkan investasinya di Indonesia maka mereka memerlukan iklim investasi yang sehat, salah satunya adalah perlindungan akan investasi yang mereka tanamkan.

Demi tersedianya pasokan listrik akhirnya PLN berkerjasama dengan Pertamina, *Patuha Power Ltd* (PPL) dan *Himpurna California Energy* (HCE) dengan membuat *Power Purchase Agreement* dan dilanjutkan dengan *Energy Sales Contract*, dimana dari pihak PPL dan HCE menginginkan adanya jaminan dari Pemerintah akan adanya perlindungan investasi mereka, maka Pemerintah Indonesia mengeluarkan Surat Menteri Keuangan no:s-188/mk.016/1996.

4.1 Kesimpulan

Berdasarkan pembahasan yang terdapat di dalam Bab II, Bab III, Bab IV, maka dapat disimpulkan:

1. Surat Menteri Keuangan no:s-188/mk.016/1996 bukanlah merupakan bentuk jaminan berdasarkan Pasal-pasal yang terdapat dalam KUHPerdara, baik jaminan perseorangan dan perjanjian garansi. Tetapi Surat Menteri Keuangan adalah suatu bentuk janji Pemerintah Indonesia bahwa Pemerintah akan membuat PLN memenuhi kewajibannya jika ternyata pihak PLN tidak memenuhi kewajibannya di dalam ESC dimana pihak investor telah memenuhi kewajiban mereka.
2. Pemerintah Indonesia telah mengeluarkan Keppres 39 Tahun 1997, yang mengakibatkan tertundanya proyek PLTA Dieng, maka Pemerintah Indonesia bisa dianggap lalai melindungi investasi negara asing, yaitu PPL dan HCE, dan Pemerintah Indonesia telah mengeluarkan SMK

no:s-188, maka pemerintah Indonesia bertanggung jawab secara perdata untuk melakukan sesuatu agar kewajiban PLN bisa terpenuhi. Berdasarkan *Purposed test* dan *Nature test* maka tindakan Pemerintah Indonesia dalam mengeluarkan SMK No:s-188 merupakan suatu tindakan negara yang berada dalam bidang hukum perdata (tindakan negara quasi perdata). SMK ini bukanlah merupakan suatu bentuk perjanjian internasional berdasarkan Pasal 11 ayat (2) UUD 1945, karena Pemerintah Indonesia tidak bermaksud untuk memberi pertanggungjawaban secara finansial kepada *PPL*. Akhirnya penyelesaian hutang PLN terhadap *PPL*, dilakukan dengan pendekatan politis, dimana pihak pemohon mengajukan klaim asuransi politik yang ditutup oleh Overseas Private Investment Corporation (*OPIC*). Penyelesaian asuransi politik ini membuat pemerintah Indonesia menandatangani *Settlement Agreement* dengan *OPIC* untuk menyelesaikan kewajiban PLN dalam *ESC* kepada *PPL* dan *HCE*.

3. Berdasarkan Undang – undang no: 30 Tahun 1999, putusan arbitrase internasional antara *Patuha Power Ltd v Republic of Indonesia* harus diserahkan kepada Mahkamah Agung untuk dimintakan eksekusinya, tetapi hingga saat ini putusan tersebut belum diserahkan kepada Mahkamah Agung. Oleh karena itu berdasarkan Undang-Undang No. 30 Tahun 1999, walaupun telah dilaksanakan gantirugi oleh Pemerintah Indonesia, hal ini dilaksanakan tidak sesuai dengan Undang-Undang No. 30 Tahun 1999.

4.2 Saran

Kasus yang Dieng, Patuha dan kasus antara *Patuha Power Ltd* dengan Pemerintah Indonesia, seharusnya dijadikan pelajaran bagi Pemerintah Indonesia untuk lebih berhati – hati dalam membuat kontrak. Karena itu saran penulis adalah:

1. Pemerintah Indonesia harus membuat peraturan yang jelas mengenai jaminan pemerintah terhadap investor asing, dan sebaiknya ditentukan apakah jaminan pemerintah ini merupakan suatu bentuk perjanjian internasional yang dimaksud di dalam Pasal 11 ayat (2) UUD 1945,

sehingga Pemerintah harus meminta persetujuan dari DPR atau hanya perjanjian internasional yang tidak memerlukan persetujuan DPR. Hal ini harus dilakukan demi terciptanya kepastian hukum bagi investor dan bagi Pemerintah sendiri.

2. Pemerintah Indonesia harus membuat peraturan yang jelas mengenai kapan suatu negara bertindak sebagai negara dan kapan suatu negara bertindak sebagai pedagang, sehingga menjadi jelas mengenai bisa atau tidaknya Pemerintah bertanggung jawab atas tindakan yang dilakukannya.



DAFTAR REFERENSI

I. BUKU

Abdurrasyid, Priyatna. *Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa*. Cet. 1. Jakarta: PT Fikahati Aneska, 2002.

Adolf, Huala. *Arbitrase Komersial Internasional*. Ed. 2. Jakarta: Citra Niaga Rajawali Pers, 1993.

Bakti, Yuda. *Hukum Internasional*. Bandung: Universitas Padjajaran, 2005.

Budidjaja, Tony. *Public Policy As Grounds For Refusal Of Recognition And Enforcement Of Foreign Arbitral Award in Indonesia*. Jakarta: PT Tanusa, 2002.

Fuady, Munir. *Arbitrase Nasional Alternatif Penyelesaian Sengketa Bisnis*. Cet.2. Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2003.

Gautama, Sudargo . *Arbitrase Bank Dunia Tentang Penanaman Modal Asing di Indonesia dan Jurisprudensi Indonesia*, Cet. 1. Bandung: Alumni, 1994.

_____. *Hukum Dagang dan Arbitrase Internasional*. Bandung: Citra Aditya Bakti, 1991.

_____. *Hukum Ekonomi Internasional: Suatu Pengantar*. Jakarta: Raja Grafindo Persada, 1997.

_____. *Indonesia dan Konvensi-konvensi Hukum Perdata Internasional*. Cet. 3. Bandung: Penerbit Alumni, 2002.

_____. *Perkembangan Arbitrase dagang Internasional di Indonesia*. Cet. 1. Bandung: PT Eresco, 1989.

_____. *Indonesia dan Arbitrase Internasional* Bandung:Alumni,1986.

_____. *Soal-soal Aktual Hukum Perdata Internasional*. Bandung: Alumni, 1981.

Harahap, Yahya. *Arbitrase Ditinjau dari Rv, Peraturan Prosedur BANI, ICSID, UNCITRAL Arbitration Rules, Konvensi New York, Perma No. 1 Tahun 1990*. Jakarta: SinarGrafika, 2004.

Hardjowahono, Bayu Seto. *Dasar-Dasar Hukum Perdata Internasional*. Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2006.

Harris, D.J. *Cases and Materials on International Law*. London: Sweet and Maxwell, 1998.

Iwan, Joesoef E(a). *Jaminan Pemerintah (Negara) atas kewajiban Hutang Investor Dalam Proyek Infrastruktur*. (Jakarta: PT. Citra Marga Nusaphala Persada Tbk, 2005.

Juwana, Hikmahanto. *Bunga Rampai Hukum Ekonomi dan Hukum Internasional*. Jakarta: Lentera Hati, 2001.

Khotimah, Meifi Khusnul. *Pelaksanaan Putusan Arbitrase Luar Negeri Studi Mengenai Mahkamah Agung Republik Indonesia*. Tesis Sarjana Universitas Indonesia, Jakarta, 2006.

Kusumohamidjojo, Budiono. *Ketertiban Yang Adil: Problematik filsafat hukum*. Jakarta : Grasindo, 1999.

- Mahmoedin, H.As. *Tanya Jawab dan Kamus Surat Berharga*. Jakarta : Pustaka Sinar Harapan, 1995.
- Mamudji Sri, *Penelitian Hukum Normatif*. Cet. 8. Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2004.
- Mamudji, Sri, Et. Al., *Metode Penelitian dan Penulisan Hukum*. Cet. 1. Jakarta: Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2005.
- Nugraha, Safri , Et. Al., *Hukum Administrasi Negara*. Jakarta: Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2005.
- Prodjodikoro, Wirjono. *Hukum Perdata tentang Persetujuan-persetujuan Tertentu*. Jakarta: Sumur Bandung, 1972.
- Salim, H. HS. *Perkembangan Hukum Jaminan Di Indonesia*, Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2004.
- Satrio, J(a). *Hukum Jaminan, Hak-Hak Jaminan Kebendaan*. Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2002.
- Satrio, J(b). *Hukum Jaminan, Hak-hak Jaminan Pribadi: Tentang Perjanjian Penanggungan dan Perikatan Tanggung Menanggung*, Jakarta:PT Citra Aditya Bakti, 2003.
- Scherever, Christoph, *State Imunity: Some Recent Development*. London: Cambridge University Press, 1995.
- Soekanto, Soerjono. *Pengantar Penelitian Hukum*. Cet. 3. Jakarta: Penerbit Universitas Indonesia, 1986.

Sofyan, Sri Soedewi Masjchoen. *Hukum Jaminan di Indonesia, Pokok-Pokok Hukum Jaminan di Indonesia dan Jaminan Perorangan Internasional. Jld.5.* Yogyakarta : Liberty, Desember 1980.

Subekti, *Arbitrase Perdagangan.* Bandung:Binacipta, 1981

Sudiarto dan Zaeni Asyhadie. *Mengenal Arbitrase.* Cet. 1. Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2004.

Usman, Rachmadi, *Hukum Arbitrase Nasional.* Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2002.

Widjaja, Gunawan dan Kartini Muljadi. *Penanggungan Utang dan Perikatan Tanggung Menanggung.* Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2003.

II. JURNAL DAN INTERNET.

“Indonesia Agree to Pay OPIC Insurance Claim,” < <http://www .indonesia. otawa .org/economy/economicissues/OPICinsurance.html>>, Diakses 15 juli 2007

““Stepping on the shoulders of a drowning man” the doctrine of abuse of right as a tool for reducing damages for lost profits: troubling lessons from the Patuha and Himpurna arbitrations.(Patuha Power Ltd., Himpurna California Energy Ltd.),”<<http://www.accessmylibrary.com/comsite5/bin/pdinventory.pl?pdlanding=1&referid=2930&purchase type=ITM&item id=0286-2925720>>, diakses 15 juli 2007

“Menteri Energi: Proyek Listrik Tidak Dijamin,” < http://www.batan.go.id/bkhh/BagianHumas/KlippingBerita/Klipping_2006/ProyekListrikTidakDijamin_KT_22Sept06.htm>, diakses 15 juli 2007

III. PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN

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

Convention Establishing The Multilateral Investment Guarantee Agency, 1985.

Indonesia, Undang-undang Tentang Arbitrase No. 30 tahun 1999, LN No. 138 tahun 199, TLN NO. 3872.

Indonesia, Keputusan Presiden No. 39 Tahun 1997 tentang Penangguhan/Pengkajian Kembali Proyek Pemerintah, Badan Usaha Milik Negara, dan Swasta yang Berkaitan dengan Pemerintah/Badan Usaha Milik Negara.

Indonesia, Peraturan Presiden No. 91 Tahun 2007 Tentang Perubahan atas Peraturan Presiden Nomor 86 Tahun 2006 Tentang Pemberian Jaminan Pemerintah Untuk Percepatan Pembangunan Pembangkit Tenaga Listrik Yang Menggunakan Batubara.

Indonesia, Peraturan Presiden No. 86 tahun 2006 Tentang Pemberian Jaminan Pemerintah Untuk Percepatan Pembangkit Tenaga Listrik Yang Menggunakan Batubara.

Indonesia, Peraturan Pemerintah tentang Perusahaan Perseroan (Persero), PP No. 12 Tahun 1998, LN No. 15 Tahun 1998, TLN 3731.

Indonesia, Peraturan Pemerintah No. 23 Tahun 1994 Tentang Pengalihan Bentuk Perusahaan Umum (PERUM) Listrik Negara menjadi Perusahaan Perseroan (PERSERO).

Indonesia, Peraturan Menteri Keuangan Tentang Petunjuk Pelaksanaan Pemberian Jaminan Pemerintah Untuk Percepatan Pembangunan Pembangkit Tenaga Listrik Yang Menggunakan Batubara. PMN No. 146/01/2006

