



**UNIVERSITAS INDONESIA**

**ANALISIS PERJANJIAN PINJAMAN LUAR NEGERI  
PEMERINTAH REPUBLIK INDONESIA**

**TESIS**

Diajukan Sebagai Salah Satu Persyaratan Untuk Memperoleh Gelar Magister Hukum  
(M.H) Pada Program Hukum Ekonomi

Oleh :

**RONA ADI PRATAMA**  
NPM. 0806425941

**PROGRAM STUDI HUKUM EKONOMI  
PROGRAM PASCASARJANA UNIVERSITAS INDONESIA  
JUNI 2010**

**PERPUSTAKAAN PUSAT  
UNIVERSITAS INDONESIA**

## HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS

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

Nama : Rona Adi Pratama

NPM : 0806425941

Tanda Tangan : 

Tanggal : 9 Juli 2010

## HALAMAN PENGESAHAN

Tesis ini diajukan oleh :  
Nama : Rona Adi Pratama  
NPM : 0806425941  
Program Studi : Ilmu Hukum  
Judul Tesis : Analisis Perjanjian Pinjaman Luar Negeri  
Pemerintah Republik Indonesia

Tesis ini telah dipertahankan dihadapan Dewan Penguji dan diterima sebagai bagian persyaratan yang diperlukan untuk memperoleh gelar Magister Hukum pada Program Studi Ilmu Hukum, Fakultas Hukum, Universitas Indonesia.

### DEWAN PENGUJI

Pembimbing : Dr. Freddy Haris, SH., LL.M. (.....  
Penguji : Prof. Rosa Agustina T., SH., MH. (.....  
Penguji : Heru Susetyo, SH., LL.M., M.Si. (.....

Ditetapkan di : Jakarta

Tanggal : 5 Juli 2010

## KATA PENGANTAR/UCAPAN TERIMA KASIH

Puji syukur saya panjatkan kepada Tuhan Yang Maha Esa, karena atas berkat rahmat dan kemudahan yang diberikan-Nya, saya dapat menyelesaikan penulisan tesis dalam rangka memenuhi salah satu syarat untuk mencapai gelar Magister Hukum pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia.


Selanjutnya saya ingin mengucapkan rasa terima kasih saya yang sebesar-besarnya kepada berbagai pihak yang telah mendukung dan membantu saya dalam penyelesaian tesis ini. Saya menyadari sepenuhnya bahwa tanpa dukungan dan bimbingan tersebut akan sangat sulit bagi saya untuk dapat mencapai kepada tahap saat ini.

Oleh karena itu, saya ingin mengucapkan terima kasih kepada:

1. Dr. Freddy Haris, S.H, LL.M., selaku dosen pembimbing yang telah menyediakan waktu, tenaga, dan pikirannya untuk mengarahkan saya dalam penyusunan tesis ini;
2. Teman-teman Biro Hukum Pengelolaan Utang Kementerian Keuangan sebagai pihak yang telah banyak membantu dalam usaha memperoleh data yang diperlukan
3. Orang tua dan keluarga saya yang telah banyak memberikan bantuan dukungan material dan moral; dan
4. Sahabat-sahabat saya yang telah banyak memberikan semangat dalam penyelesaian tesis ini.

Akhir kata, saya berharap semoga jasa baik dari segala pihak dapat dibalas oleh Allah SWT dan semoga tesis ini dapat membawa manfaat bagi pengembangan ilmu.

Jakarta, 5 Juli 2010

  
Penulis



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

---

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

Nama : Rona Adi Pratama

NPM : 0806425941

Program Studi : Ilmu Hukum

Fakultas : Hukum

Jenis karya : Tesis

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

**ANALISIS PERJANJIAN PINJAMAN LUAR NEGERI PEMERINTAH REPUBLIK INDONESIA**

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

Demikian pernyataan ini saya buat dengan sebenarnya.

Dibuat di : Jakarta

Pada tanggal: 5 Juli 2010

Yang menyatakan



( Rona Adi Pratama )

## ABSTRAK

NAMA : RONA ADI PRATAMA  
PROGRAM STUDI : PASCASARJANA HUKUM EKONOMI  
JUDUL : ANALISIS PERJANJIAN PINJAMAN LUAR NEGERI

Dalam rangka memperoleh sumber-sumber pembiayaan dari pihak luar negeri, Pemerintah mengadakan pinjaman luar negeri yang diikat oleh suatu perjanjian pinjaman. Baik berupa pinjaman program yang diperoleh untuk mendukung Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara ataupun Pinjaman proyek yang diperoleh untuk membiayai satu atau lebih kegiatan pembangunan tertentu yang disepakati dalam perjanjian. Perjanjian pinjaman luar negeri yang diadakan pemerintah dengan pihak luar negeri selama ini menimbulkan selisih pendapat, sehubungan dengan status ruang lingkup hukum perjanjian pinjaman luar negeri tersebut, apakah suatu perjanjian pinjaman luar negeri masuk dalam ruang lingkup hukum publik atau privat. Terdapatnya selisih pendapat tersebut disebabkan lebih karena terdapatnya rumusan dalam Undang-Undang 24 Tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional yang mengkategorikan Perjanjian pinjaman luar negeri sebagai perjanjian internasional publik, sedangkan perjanjian pinjam meminjam sendiri merupakan perjanjian yang masuk dalam ruang lingkup perikatan, yang merupakan ruang lingkup hukum privat. Selanjutnya pemahaman yang komprehensif mengenai klausul-klausul naskah perjanjian pinjaman luar negeri merupakan suatu hal yang tidak dapat ditawar-tawar lagi, mengingat besarnya resiko dan kewajiban yang harus ditanggung Pemerintah terhadap pemberi pinjaman. Klausul-klausul hukum seperti *events of default, representation and warranty, waiver of immunity, process agent, jurisdiction*, maupun klausul *applicable law*, merupakan klausul-klausul yang perlu dirumuskan secara saksama untuk dapat semaksimal mungkin mengakomodasi kepentingan penerima pinjaman (*borrower*).

Kata kunci: perjanjian pinjaman luar negeri, pemberi pinjaman (*borrower*), penerima pinjaman (*lender*).

## ABSTRAK

NAME : RONA ADI PRATAMA  
STUDY PROGRAM : PASCASARJANA HUKUM EKONOMI  
TITLE : ANALISIS PERJANJIAN PINJAMAN LUAR NEGERI

In order to find finance resources outside the country, the Government of Indonesia entered the foreign loan that bound by a loan agreement. That kind of loan agreement can be a loan programs available to support the State budgetary or loan project to finance the project to support certain development activities that state in the agreement. Loan agreements that made by the government with foreign party/parties all this time during has caused the debate, with respect to the scope of the legal status of such foreign loan agreements, whether a foreign loan agreement signed within the scope of public law or private law. The existing debate was caused due to the presence of explanation in Law number 24/2000 concerning International Agreements that categorizing the foreign loan agreement as a public international agreements, while loan agreement in nature is in the capacity of commitments, which is the scope of private law. Furthermore, a comprehensive understanding of loan agreement clauses draft is something that can not be negotiable. Considering the risks and obligations to be borne by the Government against the lender, legal clauses such as events of default, representation and warranty, waiver of immunity, process agent, jurisdiction, and the applicable law clause, are the clauses that needed to be carefully formulated in the loan agreement draft, to accommodate the interest of the borrower.

*Key words: Loan agreement, Borrower, Lender.*

## DAFTAR ISI

### BAB I PENDAHULUAN

1.1. LATAR BELAKANG MASALAH .....	1
1.2. RUMUSAN PERMASALAHAN.....	7
1.3. TUJUAN PENELITIAN.....	8
1.4. KERANGKA TEORI/KONSEPSI.....	8
1.5. METODOLOGI PENELITIAN .....	11
1.6. SISTEMATIKA PENULISAN.....	14

### BAB II MEMAHAMI PERJANJIAN PINJAMAN

#### LUAR NEGERI

2.1. HUKUM PERJANJIAN UNIVERSAL .....	15
2.2. NEGARA SEBAGAI PIHAK DALAM PERJANJIAN PINJAMAN LUAR .....	21
2.2.1. Negara dengan negara.....	23
2.2.2. Negara dengan Organisasi Multilateral/Internasional.....	24
2.2.3. Negara dengan badan hukum asing (perusahaan asing) .	25
2.3. DIKOTOMI RUANG LINGKUP HUKUM PRIVAT DAN HUKUM PUBLIK DALAM PERJANJIAN PINJAMAN LUAR NEGERI.....	30

### BAB III ANALISIS KLAUSUL-KLAUSUL HUKUM

#### PERJANJIAN PINJAMAN LUAR NEGERI

#### (*LOAN AGREEMENT*)

3.1. KLAUSUL-KLAUSUL PERJANJIAN PINJAMAN LUAR NEGERI SECARA UMUM .....	35
3.1.1. Struktur Perjanjian Pinjaman Luar Negeri Pemerintah yang Berasal dari Multilateral Lender .....	35
3.1.2. Struktur Perjanjian Pinjaman Luar Negeri Pemerintah yang Berasal dari <i>Commercial/Bilateral Lender</i> .....	40

3.2. KLAUSUL-KLAUSUL HUKUM PERJANJIAN PINJAMAN LUAR NEGERI.....	45
3.2.1. Events of Default.....	45
3.2.2. Representation and Warranties.....	49
3.2.3. Conditions of Precedent.....	53
3.2.4. Jurisdiction.....	55
3.2.5. Applicable Law.....	56
3.2.6. Process Agent.....	58
3.2.7. Waiver of Immunity.....	59
3.3. UPAYA-UPAYA YANG DILAKUKAN PEMERINTAH DALAM MENYIKAPI KLAUSUL-KLAUSUL PERJANJIAN PINJAMAN LUAR NEGERI YANG TIDAK MENGUNTUNGKAN BAGI POSISI PEMERINTAH SEBAGAI PEMINJAM (BORROWER).....	60
3.3.1. Events of Default.....	60
3.3.2. Representation and Warranties.....	64
3.3.3. Conditions of Precedent.....	66
3.3.4. Jurisdiction.....	67
3.3.5. Applicable Law.....	67
3.3.6. Process Agent.....	68
3.3.7. Waiver of Immunity.....	69
<b>BAB IV PENUTUP.....</b>	<b>72</b>
4.1. Kesimpulan.....	72
4.2. Saran.....	76
<b>DAFTAR PUSTAKA.....</b>	<b>78</b>

## BAB I PENDAHULUAN

### 1.1. LATAR BELAKANG MASALAH

Demi kelangsungan dan keberhasilan kegiatan pembangunan di bidang ekonomi dibutuhkan modal pembiayaan pembangunan yang tidak sedikit jumlahnya. Pemerintah dalam mencari sumber pembiayaan, selain mengandalkan sumber pembiayaan dari dalam negeri juga mengandalkan sumber pembiayaan dari luar negeri.<sup>1</sup>

Sejarah perjanjian pinjaman luar negeri (selanjutnya disebut, "perjanjian Indonesia telah dimulai sebelum zaman kemerdekaan. Pada awal kemerdekaan, Pemerintah Indonesia mewarisi pinjaman warisan Hindia Belanda sebesar 4 miliar Dollar AS, walaupun pinjaman tersebut tidak pernah dibayar oleh Pemerintah Orde Lama. Untuk mencukupi kebutuhan pembangunan pasca kemerdekaan, Pemerintah Orde Lama melakukan pinjaman luar negeri yang mencapai angka 2,3 miliar Dollar AS (1945-1950). Selanjutnya dari tahun ke tahun angka pinjaman luar negeri Indonesia semakin bertambah. Pada tahun 1997 posisi pinjaman luar negeri Indonesia mencapai 53,8 miliar Dollar AS, dan pada tahun 2004 angka tersebut terus meningkat yang mencapai 68 miliar Dollar AS (tidak termasuk pinjaman IMF).<sup>2</sup> walaupun pembiayaan pembangunan diharapkan dapat sebesar-besarnya dipenuhi dari sumber-sumber dalam negeri. Namun karena adanya keterbatasan sumber-sumber dalam negeri, maka pinjaman luar negeri menjadi salah satu pilihan dalam pembiayaan pembangunan.

Serupa dengan individu, negara yang ingin menstimulasi pembangunan, namun kekurangan modal untuk investasi, mesti meminjam. Pemerintah mempunyai

---

<sup>1</sup> Marsuki, DEA, "*Pentingnya UU Utang Luar Negeri dari Sisi Ekonomi dan Keuangan*", makalah disampaikan dalam seminar *praceeding* UU Pinjaman Luar Negeri, Makasar 11 November 2009, hal. 1.

<sup>2</sup> Menteri Negara Perencanaan Pembangunan Nasional/Badan Perencanaan Pembangunan Nasional, "*Pedoman Negosiasi perjanjian pinjaman luar negeri*," Kementerian Negara Perencanaan Pembangunan Nasional/Badan Perencanaan Pembangunan Nasional, hal. 1.

dua pilihan untuk meminjam, bisa meminjam dari sumber-sumber luar, seperti dari lembaga multilateral, negara lain, atau bank-bank komersial, atau dari dirinya sendiri, melalui perecepatan defisit. Walaupun negara meminjam untuk mempercepat pertumbuhan, namun utang juga merupakan jalur yang paling mudah menuju keruntuhan finansial, seperti apa yang dialami Indonesia pada pertengahan tahun 1997.<sup>3</sup>

Pinjaman luar negeri terus terakumulasi hingga jumlah (*stock*) yang sangat besar. Hal ini menyebabkan beban fiskal yang besar akibat pembayaran cicilan pokok dan bunga. Beban fiskal ini bisa menjadi lebih besar lagi mengingat dalam pinjaman luar negeri Pemerintah terkandung berbagai risiko, seperti risiko tingkat suku bunga (*interest rate risk*), risiko nilai tukar (*exchange rate risk*), risiko likuiditas (*liquidity risk*), dan risiko peminjaman (*refinancing risk*). Besarnya beban pembayaran cicilan dan bunga pinjaman luar negeri ini tentunya menyebabkan turunnya kemampuan negara untuk membiayai komponen-komponen pokok pengeluaran Pemerintah lainnya, yaitu pembangunan infrastruktur, pembangunan kesejahteraan sosial, dan administrasi negara, termasuk pertahanan dan keamanan.

Menurut teori, ada beberapa alasan mengapa utang luar negeri tersebut menjadi suatu keniseayaan bagi suatu negara, termasuk negara maju, dan terutama negara-negara berkembang, apalagi negara miskin. Alasan-alasan tersebut, karena :

- 1) *Semakin besarnya jumlah pengeluaran pemerintah dibanding penerimaan pemerintah, akibat diraihnya kemerdekaan dan kemajuan kehidupan warga negara;*
- 2) *Adanya kesenjangan pembiayaan pembangunan (saving-investmen gap dan Foreign-exchage gap), dalam kaitannya dengan manfaat utang terhadap pembangunan;*
- 3) *Besarnya kebutuhan bantuan teknis, dikaitkan dengan perihal pentingnya alih teknologi (investasi Asing) serta pemikiran dan manajemen organisasi moderen; dan*

<sup>3</sup> Radius Prawiro, *Dilema Utang Luar Negeri di Masa Orde Baru*, dalam Era Baru Kebijakan Fiskal, hal. 402.

4) *Semakin terbukanya hubungan ekonomi dan keuangan antar negara, akibat kemajuan perdagangan dan pasar keuangan internasional, yang mengakibatkan meningkatnya arus modal luar negeri (FDI, Portofolio dan lainnya).*<sup>4</sup>

Jumlah utang luar negeri pemerintah yang bertambah besar dianggap sebagai salah satu akar penyebab krisis keuangan yang menimpa Indonesia, yang kemudian memieiu pertanyaan dari masyarakat mengenai kebijakan pengelolaan utang Pemerintah. Hal tersebut kemudian menjadi kepentingan bersama untuk memberikan pengawasan yang lebih terhadap kebijakan utang luar negeri dengan memasukan perjanjian pinjaman luar negeri sebagai salah satu perjanjian internasional, yang pengesahannya harus melalui mekanisme ratifikasi melalui pembuatan undang-undang.

Seeara normatif, dimasukannya perjanjian pinjaman luar negeri kedalam Undang-Undang Nomor 24 tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional membuat terdapatnya dikotomi dan perdebatan terhadap ruang lingkup hukum, berkenaan dengan perjanjian pinjaman luar negeri, apakah termasuk ke dalam ruang lingkup hukum publik atautakah ruang lingkup hukum privat.

Dalam pasal 1 ayat (1) Undang-Undang 24 tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional berbunyi:

*“perjanjian internasional adalah perjanjian dalam bentuk dan nama tertentu, yang diatur dalam hukum internasional yang dibuat secara tertulis serta menimbulkan hak dan kewajiban di bidang hukum publik.”*

dan dalam pasal 10 Undang-Undang Nomor 24 tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional disebutkan ruang lingkup dari perjanjian internasional (yang memerlukan undang-undang untuk pengesahannya), yang berbunyi:

*“Pengesahan Perjanjian Internasional dilakukan dengan Undang-Undang apabila berkenaan dengan:*

- a. masalah politik, perdamaian, pertahanan, dan keamanan negara;*
- b. perubahan wilayah atau penetapan batas wilayah negara republik indonesia;*
- c. kedaulatan atau hak berdaulat negara;*

<sup>4</sup> Marsuki, DEA, *op.cit.*, hal. 1-2.



- d. hak asasi manusia dan lingkungan hidup;
- e. pembentukan kaidah hukum baru;
- f. pinjaman dan/atau hibah luar negeri.”

Dalam pasal tersebut pinjaman luar negeri dikelompokkan sebagai perjanjian internasional, sedangkan bila kita kembali kepada definisi perjanjian internasional menurut pasal 10 UU Perjanjian Internasional tersebut, jelas dinyatakan bahwasannya perjanjian internasional merupakan perjanjian yang menimbulkan hak dan kewajiban di bidang hukum publik.

Sedangkan instrumen yang digunakan Pemerintah dalam melakukan perjanjian pinjaman luar negeri masuk dalam ranah hukum privat, yaitu perjanjian pinjam meminjam yang merupakan bagian dari hukum perikatan yang diatur dalam buku ke tiga KUHPerduta.

Pengalaman krisis ekonomi tahun 1997 membuktikan bahwa pinjaman yang berasal dari luar negeri sangat berisiko apabila tidak direncanakan dan dikelola secara hati-hati. Risiko-risiko yang dapat terjadi sehubungan dengan penerimaan pinjaman luar negeri antara lain:

1. Risiko tingkat suku bunga (*interest rate risk*), yaitu risiko yang timbul dalam kaitannya dengan proporsi utang luar negeri yang menggunakan tingkat suku bunga mengambang (*floating exchange rate*) yang mencakup sekitar 30% dari total pinjaman luar negeri.
2. Risiko nilai tukar (*exchange rate risk*), yaitu risiko yang timbul sebagai akibat kewajiban membayar pinjaman dalam mata uang yang berbeda dengan penerimaan Pemerintah. Risiko nilai tukar ini dapat berupa risiko depresiasi rupiah terhadap mata uang asing lainnya, maupun risiko yang ditimbulkan akibat perubahan nilai tukar antar valuta asing, misalnya Yen dengan US\$.
3. Risiko likuiditas (*liquidity risk*), yaitu risiko yang terkait dengan struktur jatuh tempo yang telah ditentukan dan pengaruhnya terhadap kondisi keuangan negara. Indikator risiko ini ditunjukkan oleh rasio pembayaran cicilan pokok dan bunga pinjaman luar negeri terhadap penerimaan ekspor (*Debt to Service Ratio/DSR*)

dan rasio pembayaran cicilan pokok dan bunga pinjaman luar negeri terhadap penerimaan Pemerintah (*Debt Service to Government Revenue/DSGR*).

4. Risiko pendanaan kembali (*refinancing risk*), yaitu risiko yang timbul dalam kaitannya dengan struktur jatuh tempo pinjaman. Pelunasan pinjaman luar negeri yang jatuh tempo dengan volume yang cukup besar dapat mengakibatkan timbulnya risiko berupa lebih tingginya biaya dari pinjaman baru. Hal ini karena pemberi pinjaman (*lender*) menginginkan tingkat *return* yang lebih tinggi untuk mengkompensasi potensi risiko pinjaman yang semakin besar.

Namun demikian, terlepas dari berbagai risiko di atas, tidak dapat dipungkiri bahwa pinjaman luar negeri telah memberikan kontribusi yang besar bagi pembangunan nasional. Seperti telah disampaikan di muka, sejak awal Orde Baru, pinjaman luar negeri telah mendapat tempat yang penting sebagai sumber pembiayaan pembangunan. Hal ini ditandai dengan dibentuknya IGGI (*Inter-Governmental Group on Indonesia*) pada bulan Februari 1967 yang dipimpin oleh Pemerintah Belanda. Selanjutnya pada awal 1992, IGGI dibubarkan oleh Pemerintah karena bantuan IGGI dianggap terlampaui bermuatan politik (*political strings*) yang tidak selaras dengan kebijakan pinjaman Pemerintah Indonesia. Sebagaimana diketahui, peran IGGI kemudian digantikan oleh CGI (*Consultative Group for Indonesia*) yang dipimpin oleh Bank Dunia.

Berpijak pada kenyataan bahwa Pemerintah tetap harus mencari sumber pembiayaan alternatif pembangunan dari pinjaman luar negeri, maka Pemerintah harus jeli dan hati-hati dalam menentukan pinjaman luar negeri mana yang kiranya tidak begitu membebani kewajiban Pemerintah, memiliki syarat pembiayaan yang lunak dan dengan risiko yang minimal. Prinsip kehati-hatian ini sangat diperlukan, mengingat berdasarkan pengalaman sebelumnya, setiap pinjaman yang diberikan seringkali dilandasi oleh kepentingan-kepentingan tertentu. Hal tersebut selaras dengan teori yang disampaikan Michael Todaro bahwa selalu ada motivasi ekonomi dan politik dari negara-negara maju yang mengikuti pemberian pinjaman kepada

negara lain<sup>5</sup>. Aspek kepentingan tersebut ternyata bukan hanya domain negara/lembaga pemberi pinjaman semata, namun para pengusaha dari negara/lembaga pemberi pinjaman pun turut serta di dalamnya. Didik J. Rachbini mengatakan bahwa perusahaan tersebut berperan sebagai *suppliers* proyek. Mereka merupakan *rent seekers* dalam ajang bisnis pinjaman luar negeri<sup>6</sup>

Salah satu upaya yang dapat dilakukan Pemerintah dalam mengantisipasi kemungkinan munculnya risiko pinjaman luar negeri adalah Pemerintah perlu melakukan persiapan matang dalam bernegosiasi dengan pihak pemberi pinjaman (*lender*) yang hasilnya lebih lanjut tertuang dalam bentuk perjanjian pinjaman. Hal ini mengingat berdasarkan pengalaman, Pemerintah beberapa kali terjebak dalam pasal-pasal perjanjian pinjaman yang sebenarnya merugikan posisi Pemerintah sebagai pihak peminjam (*borrower*).

Oleh karena itu, perjanjian pinjaman luar negeri dalam perencanaan dan persiapannya,, termasuk penyusunan naskah perjanjiannya harus dilakukan secara optimal. Mengingat besarnya beban yang harus ditanggung Pemerintah dalam melakukan pinjaman luar negeri, yang tidak saja memberatkan keuangan negara, tetapi juga dapat berimplikasi ke ranah sosial dan politik.

Persiapan yang kurang memadai dapat menyebabkan lemahnya posisi Indonesia dalam menegosiasikan klausul-klausul yang tertera dalam naskah perjanjian pinjaman luar negeri. Dikatakan oleh Hikmahanto Juwana, bahwa bagi negosiator atau lawyer yang memiliki pengalaman transaksi internasional adagium "*the devil is on the detail*" merupakan hal yang lumrah. Dalam melakukan negosiasi atas pinjaman luar negeri adagium ini juga berlaku. Setan yang menghantui bila kesepakatan besarnya jumlah utang adalah apa yang akan tertuang dalam perjanjian pinjaman luar negeri.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> Michael Todaro. 1993. Dikutip dari Zulkamain Djamin, "*Pinjaman Luar Negeri serta Prosedur Administrasi Dalam Pembiayaan Proyek Pembangunan di Indonesia*". Jakarta: UI Press. Hal.4.

<sup>6</sup> Didik J. Rachbini. Ekonomi Politik Utang: Analisa Akar Masalah & Solusinya (makalah seminar disampaikan pada *Roundtable Discussion* Pinjaman dan Hibah Luar Negeri Sebagai Bahan Penyusunan RUU PHLN, Bali 18-19 Mei 2004).

<sup>7</sup> Menteri Negara Perencanaan Pembangunan Nasional/Badan Perencanaan Pembangunan Nasional, *op.cit.*, hal vii.

Sehingga informasi dan pemahaman terhadap klausul-klausul naskah perjanjian pinjaman luar negeri merupakan sesuatu yang harus dimiliki oleh tim delegasi Republik Indonesia. Pemahaman demikian tidak saja mencakup aspek-aspek finansial yang tertuang dalam perjanjian pinjaman luar negeri, seperti besaran *interest*, *commitment fee*, *disbursement*, akan tetapi juga pemahaman secara menyeluruh terhadap aspek-aspek hukum yang terdapat dalam perjanjian pinjaman luar negeri, karena implikasi terhadap dangkalnya pemahaman atas naskah perjanjian dapat mempengaruhi kedaulatan negara.

Berdasarkan permasalahan di atas, karya tulis ini meneliti mengenai klausul-klausul dalam perjanjian pinjaman luar negeri Pemerintah, khususnya yang dapat memberikan implikasi luas terhadap posisi Pemerintah. Namun demikian, mengingat pada umumnya dalam suatu perjanjian pinjaman luar negeri mengandung 2 (dua) aspek yang meliputi aspek keuangan (*financial*) dan aspek hukum, maka sesuai disiplin ilmu yang didalami penulis, penelitian hanya berfokus pada aspek-aspek hukum dalam Perjanjian Pinjaman Luar Negeri Pemerintah Republik Indonesia.

## **1.2. RUMUSAN PERMASALAHAN**

- 1) Bagaimanakah status hukum perjanjian pinjaman luar negeri, apakah merupakan perjanjian yang berada dalam ruang lingkup hukum publik ataukah perjanjian yang berada dalam ruang lingkup hukum privat?
- 2) Bagaimanakah rumusan klausul-klausul hukum perjanjian pinjaman luar negeri yang dapat mengakomodir kepentingan Pemerintah sebagai peminjam (*Borrower*)?

## **1.3. TUJUAN PENELITIAN**

- 1) Untuk memperoleh pengetahuan dan pemahaman terhadap hukum perjanjian secara universal maupun kedudukan pemerintah sebagai pihak yang melakukan perjanjian dengan negara asing lainnya ataupun badan hukum lainnya, dalam

kaitannya terhadap status perjanjian pinjaman luar negeri itu sendiri. Apakah termasuk perjanjian yang berada dalam ranah hukum publik atau privat.

- 2) Untuk memperoleh pemahaman dan pengetahuan terhadap jenis-jenis pinjaman luar negeri, substansi yang terkandung dalam klausul-klausul yang secara umum terdapat dalam pinjaman, klausul-klausul yang membawa keuntungan bagi pihak pemerintah sebagai *borrower* yang ditawarkan kepada pihak pemberi pinjaman (*lender*), maupun klausul-klausul alternatifnya.

#### 1.4. KERANGKA TEORI/KONSEPSI

Earl Babbie menyatakan kegunaan dari teori sebagai berikut: *"Theory functions three ways in research. First, it prevent our being taken in by flukes. Second, theories make sense of observed patterns in a way that can suggest other possibilities. Finally, theories can shape and direct research efforts.."*<sup>8</sup>

*Black's Law Dictionary* merumuskan pengertian *agreement* sebagai berikut: *"A coming together of minds; a coming together in opinion or determination; the coming together in accord of two minds on a given proposition. The union of two or more minds in a thing done or to be done; a mutual assent to do a thing....agreement is a broader term; e.g. an agreement might lack an essential element of a contract."*<sup>9</sup>

Perjanjian Internasional menurut Oppenheim adalah *"International treaties are conventions, or contracts, between two or more States concerning various matters and interest."*<sup>10</sup>

Dalam konvensi Wina 1969 tentang Hukum Perjanjian Internasional, Perjanjian Internasional yang disebut juga *Treaty* didefinisikan sebagai: *"An International agreement concluded between states in written form and governed by*

<sup>8</sup> Earl Babbie, *"The Practice of Social Research,"* eight edition, Wadworth.

<sup>9</sup> Henry Campbell Black. 1990. *Black's Law Dictionary*. St. Paul: West Group. hal. 367

<sup>10</sup> L. Oppenheim, *"International Law (a Treaties),"* 7<sup>th</sup> Edition. Vol 1, Peace, Longmans, Green and Co, 1948, hal. 791-792.

*international law, whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation."*

Sehingga definisi perjanjian internasional menurut konvensi Wina 1969 adalah perjanjian yang memenuhi unsur-unsur sebagai berikut:

- 1) Terdapatnya suatu kesepakatan internasional yang dibuat oleh negara-negara (*An International agreement concluded between states*);
- 2) Dalam bentuk tertulis (*in written form*);
- 3) Berdasarkan pada hukum internasional (*governed by international law*);
- 4) Dibuat dengan menggunakan instrumen tunggal, dua atau lebih (*whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments*); dan
- 5) Tidak dibatasi oleh nama tertentu (*whatever its particular designation*).

Undang-undang 37 tahun 1999 tentang Hubungan Luar Negeri mendefinisikan perjanjian internasional sebagai berikut:

*"perjanjian dalam bentuk dan sebutan apapun, yang diatur oleh hukum internasional yang dibuat secara tertulis oleh Pemerintah Republik Indonesia dengan satu atau lebih negara, organisasi internasional, atau subyek hukum lainnya, serta menimbulkan hak dan kewajiban pada Pemerintah RI yang bersifat politik."*

Sedangkan Undang-Undang Nomor 24 tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional, dalam pasal 1 ayat (1) Undang-Undang tersebut, berbunyi:

*"perjanjian internasional adalah perjanjian dalam bentuk dan nama tertentu, yang diatur dalam hukum internasional yang dibuat secara tertulis serta menimbulkan hak dan kewajiban di bidang hukum publik."*

Perjanjian pinjam meminjam menurut Subekti adalah suatu perjanjian dimana pihak yang satu memberikan kepada pihak lain suatu jumlah tertentu barang habis pakai, dengan syarat pihak yang dipinjamkan akan mengembalikan sejumlah yang sama dari jenis dan mutu yang sama pula. Barang menurut dalam hal ini bisa berupa uang dan barang. Dalam hal pinjam meminjam uang, Subekti berpendapat bahwa jenis dan mutu yang sama yang harus dikembalikan diukur berdasarkan nilai pada

saat pelaksanaan pelunasan. Hanya saja hal konseptual yang diangkat olehnya ialah bahwa setelah perjanjian disepakati, uang yang dipinjamkan adalah milik penerima pinjaman, bukan milik pemberi pinjaman lagi, sehingga segala resiko yang terjadi atas musnahnya uang merupakan tanggung jawab penerima pinjaman. Berdasarkan konsepsi tersebut, maka sesungguhnya pemberi pinjaman tidak memiliki hak untuk mengontrol belanja dan pemanfaatan pinjaman. Pemberi pinjaman hanya berkepentingan atas kembalinya uang dan biaya-biaya.

Berdasarkan Keputusan Presiden Nomor 59 tahun 1972 tentang Penerimaan Kredit Luar Negeri pada pasal pertamanya mendefinisikan pinjaman luar negeri sebagai suatu pinjaman yang diterima dari luar negeri, yang pemasukannya ke Indonesia bukan dalam rangka penerimaan kredit dari badan internasional dan pemerintah negara-negara yang tergabung dalam *Intergovernmental group on Indonesia* (IGGI). Selanjutnya dalam Keppres Nomor 39 tahun 1991 pinjaman luar negeri didefinisikan sebagai semua pinjaman luar negeri sebagai semua pinjaman luar negeri diluar kerangka IGGI dan pinjaman resmi lainnya yang diperlukan pemerintah, Badan Usaha Milik Negara, dan Badan Usaha Milik Swasta.

Peraturan Pemerintah Nomor 2 Tahun 2006 tentang tata eara pengadaan pinjaman dan/atau penerimaan hibah luar negeri mendefinisikan pinjaman luar negeri setiap penerimaan negara baik dalam bentuk devisa dan atau devisa yang dirupiahkan, rupiah, maupun dalam bentuk barang dan/atau jasa yang diperoleh dari pemberi pinjaman luar negeri yang harus dibayar kembali dengan persyaratan tertentu. Dengan demikian, perjanjian pinjaman luar negeri dapat juga diartikan sebagai perikatan pinjam-meminjam *devisa* dan atau *devisa* yang dirupiahkan, rupiah, maupun dalam bentuk barang dan/atau jasa yang dilakukan negara dengan pemberi pinjaman luar negeri.<sup>11</sup>

Adapun struktur perjanjian pinjaman luar negeri dari negara/lembaga pemberi pinjaman dapat dikualifikasikan menjadi dua jenis struktur pinjaman. Dimana perjanjian pinjaman luar negeri Indonesia yang dilakukan dengan lembaga

---

<sup>11</sup> Menteri Negara Perencanaan Pembangunan Nasional/Badan Perencanaan Pembangunan Nasional, *op.cit.*, hal. 10.

multilateral dan bilateral pada umumnya merujuk kepada lebih dari satu dokumen. Dokumen tersebut adalah:

- 1) *General Conditions/Loan Regulations*; dan
- 2) *Loan Agreement*.

*General conditions/Loan Regulations* berisikan ketentuan umum yang berlaku bagi seluruh anggota lembaga multilateral tersebut dan atau dalam hal pinjaman bilateral, ketentuan umum tersebut berlaku bagi seluruh negara peminjam. Hal-hal yang diatur dalam ketentuan umum tersebut, diantaranya adalah prosedur penarikan pinjaman (*withdrawals*), prosedur pembayaran, pilihan hukum, penyelesaian sengketa, pemberitahuan, dan lain sebagainya. Sedangkan *Loan agreement* merupakan dokumen yang berlaku untuk satu program/proyek tertentu yang diataranya adalah besaran pinjaman, uraian program/proyek tertentu, jadwal pembayaran, rencana pengadaan barang dan/atau jasa, dan lain sebagainya.<sup>12</sup>

### 1.5. METODOLOGI PENELITIAN

Metode penelitian yang digunakan menggunakan spesifikasi preskeptif, yaitu dimaksudkan menggambarkan segala sesuatu didasarkan pada deskripsi permasalahan yang dipilih. Dengan pendekatan yuridis normatif.

Dalam ilmu hukum, suatu karya ilmiah biasanya dinilai dari segi analisa dan konstruksinya.<sup>13</sup> Ini mengandung arti suatu gejala hukum tidak hanya didasarkan pada deskriptif saja melainkan juga harus dianalisa dan dikonstruksikan. Analisa dan konstruksi itu harus secara metodologis, sistematis dan konsisten yaitu tidak adanya hal-hal yang bertentangan secara prinsipil.

Metodologi dalam suatu penelitian mempunyai arti yang sangat penting, karena dengan metode yang benar dapat ditentukan sejauh mana upaya penelitian meneapai sasaran yang diinginkan. Metodologi pada hakekatnya memberikan

<sup>12</sup> Ibid., hal. 6-7.

<sup>13</sup> Soerjono Soekanto, "*Tata Cara Penyusunan Karya Ilmiah di Bidang Hukum*," (Jakarta : Ghalia Indonesia, 1982).



pedoman tentang cara-cara seorang ilmuwan mempelajari, menganalisa dan memahami lingkungan-lingkungan yang dihadapinya.<sup>14</sup>

Metode pendekatan penelitian yang digunakan dalam penelitian ini bersifat yuridis normatif. Sebagai suatu penelitian yang berbasis yuridis normatif, maka penelitian ini berbasis pada analisa terhadap norma hukum, baik dalam peraturan perundang-undangan maupun perjanjian pinjaman luar negeri Pemerintah yang telah berlaku efektif.<sup>15</sup> Pada penelitian hukum normatif, pengolahan data merupakan kegiatan untuk melakukan sistematisasi terhadap bahan-bahan hukum tertulis. Sistematisasi berarti membuat klasifikasi terhadap bahan-bahan hukum tertulis untuk analisa dan konstruksi.<sup>16</sup>

Dalam penelitian ini, pengumpulan data dilakukan dengan berdasarkan pada:

1. Bahan hukum primer yaitu bahan hukum yang berlaku saat ini dengan fokus utama berupa peraturan perundang-undangan, yaitu Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional, Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2003 tentang Keuangan Negara, Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004 tentang Perbendaharaan Negara, dan tentunya Perjanjian Pinjaman Luar Negeri Pemerintah Republik Indonesia dengan pemberi pinjaman (*Lender*).
2. Bahan hukum sekunder yaitu bahan yang memberikan penjelasan tentang bahan hukum primer antara lain tulisan atau pendapat para ahli yang dimuat dalam buku-buku, majalah, makalah, surat kabar, laporan keuangan, Rancangan Peraturan Perundang-undangan Pinjaman dan Hibah Luar Negeri serta bahan-bahan tertulis lainnya.
3. Bahan hukum tertier yaitu memberikan penjelasan lebih lanjut mengenai bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder antara lain kamus, dan ensiklopedi.

Untuk melakukan pengumpulan data yang diperlukan dalam menyusun laporan penelitian ini maka yang dilakukan adalah dengan melakukan Penelitian kepustakaan (*library research*) yaitu suatu cara memperoleh data melalui buku-buku,

---

<sup>14</sup> *Ibid.* h.6

<sup>15</sup> Ronald Dworkin, *Legal Research* (Daedalus: Spring, 1973), h.250.

<sup>16</sup> Bambang Sunggoro, *Metodologi Peneliitan Hukum*, Pt.Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2003. Hal.195-196.

karya ilmiah, dan berbagai peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan aspek-aspek hukum yang menjadi bahan pembahasan dalam perjanjian pinjaman luar negeri. Selain itu, dalam rangka pengumpulan data wawancara juga dilakukan dengan Legal Staff pada Biro Hukum Bagian Hukum Pengelolaan Utang, Kementerian Keuangan.

Sedangkan analisis data dilakukan secara kualitatif yaitu analisis tanpa menggunakan angka-angka (matematik dan statistik) dan disusun dalam bentuk uraian kalimat kalimat.

Lokasi, Tempat dan waktu penelitian yang dilakukan penulis dalam penelitian ilmiah ini yaitu melalui studi kepustakaan, Perpustakaan Fakultas-fakultas Hukum, diantaranya Fakultas Hukum UI, baik di Salemba maupun Depok, Perpustakaan Nasional RI, Perpustakaan Jaringan dan Dokumentasi Hukum Biro Hukum, Kementerian Keuangan maupun melalui koleksi buku yang dimiliki penulis di rumah. Untuk waktu pelaksanaan penelitian akan dilaksanakan setelah usulan tesis ini disetujui.

## **1.6. SISTEMATIKA PENULISAN**

Materi dalam tesis ini disusun dalam 4 (empat) bab dengan sistematika dan penjelasan perbabnya adalah sebagai berikut.

### **Bab. I. PENDAHULUAN**

Bab ini terdiri dari uraian latar belakang permasalahan, perumusannya, tujuan penelitian, kerangka teori dan konsepsi, metode penelitian yang digunakan, dan sistematika penulisan.

### **Bab. II. MEMAHAMI PERJANJIAN**

Dalam bab ini akan diuraikan mengenai perjanjian pada umumnya, definisi perjanjian, asas-asas perjanjian, perbendaan antara perjanjian atau perjanjian internasional dengan perjanjian perdata internasional. Akan diuraikan juga dalam bab

ini kedudukan negara sebagai pihak dalam perjanjian pinjaman luar negeri, maupun perdebatan yang mengemuka selama ini, mengenai dikotomi perjanjian pinjaman luar negeri sebagai perjanjian yang masuk dalam ranah hukum publik atau privat.

### **Bab. III. ANALISA KLAUSUL PERJANJIAN PINJAMAN LUAR NEGERI**

Dalam Bab berikut ini akan dijabarkan mengenai jenis-jenis perjanjian pinjaman luar negeri. Akan diuraikan pula mengenai klausul-klausul yang secara umum terdapat dalam perjanjian pinjaman luar negeri berikut analisa terhadap klausul-klausul tersebut dilihat dari perspektif pemberi pinjaman/*Borrower*.

### **Bab. IV. KESIMPULAN DAN SARAN**

Bab ini menyajikan hasil telaahan dan analisa yang didapatkan dari bab-bab terdahulu, untuk kemudian diberikan suatu rekomendasi yang kiranya diperlukan demi tercapainya tujuan dari diadakannya penelitian ini.

## BAB II

### MEMAHAMI PERJANJIAN PINJAMAN LUAR NEGERI

#### 2.1 HUKUM PERJANJIAN UNIVERSAL

KUHPerdata dalam pasal 1313 mendefinisikan perjanjian<sup>17</sup> sebagai suatu perbuatan di mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih. Perjanjian pinjam meminjam sendiri merupakan bagian dari hukum perikatan yang diatur dalam bab ke-tigabelas buku ketiga KUHPerdata. Perikatan yang bersumber dari perjanjian pada prinsipnya mempunyai kekuatan yang sama dengan perikatan yang bersumber dari perundang-undangan. Dasar hukum dari kekuatan suatu perjanjian tersebut adalah pasal 1338 ayat 1 KUHPerdata yang menyatakan bahwa suatu perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya.

Black's Law Dictionary mendefinisikan perjanjian sebagai "*an agreement between two or more persons which creates an obligation to do nor to do a particular things*"<sup>18</sup> singkatnya, perjanjian dapat didefinisikan sebagai suatu perjanjian antara dua orang atau lebih yang menciptakan kewajiban untuk melakukan atau tidak melakukan suatu tindakan tertentu.

Perjanjian dilihat dari sifat dan ruang lingkup hukum yang mengikatnya, dapat dibedakan menjadi perjanjian nasional dan perjanjian internasional. Perjanjian nasional merupakan perjanjian yang dibuat oleh dua individu atau subyek hukum dalam suatu wilayah negara yang tidak terdapat suatu unsur asing di dalamnya. Sedangkan hukum perjanjian internasional merupakan suatu perjanjian yang terdapat unsur asing di didalamnya (*foreign element*).<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> Munir Fuady, "*Hukum Perjanjian*," Citra Aditya Bakti, Bandung, 2007, hal. 23.

<sup>18</sup> Henry Campbell, "*Black's Law Dictionary*," St. Paul Minn: West Published, 5<sup>th</sup> edition, 1949, hal 291-292.

<sup>19</sup> Sudargo Gautama, "*Perjanjian Dagang Internasional*," Bandung: Alumni, 1976, hal. 7.

Terdapatnya unsur asing dalam perjanjian untuk dapat dikategorikan sebagai perjanjian internasional, secara teoritis dapat diindikasikan dengan beberapa hal, yaitu:

- 1) Kebangsaan yang berbeda;
- 2) Para pihak memiliki domisili hukum di negara yang berbeda;
- 3) Hukum yang dipilih adalah hukum asing, termasuk aturan-aturan atau prinsip-prinsip perjanjian internasional terhadap perjanjian tersebut;
- 4) Penyelesaian sengketa perjanjian dilangsungkan di luar negeri;
- 5) Pelaksanaan perjanjian dilaksanakan di luar negeri;
- 6) Ditandatanganinya perjanjian di luar negeri;
- 7) Objek perjanjian terdapat di luar negeri;
- 8) Bahasa yang digunakan sebagai bahasa resmi perjanjian adalah bahasa asing; dan
- 9) Penggunaan mata uang asing dalam perjanjian tersebut.<sup>20</sup>

Menurut Honka hubungan antara perjanjian nasional dan perjanjian internasional merupakan hubungan yang sangat erat, sehingga sangatlah sulit untuk dapat dibedakan dengan tegas, yang dinyatakan dengan kalimat berikut:

*"There is no need to specify this "international contract law" further as it is impossible to draw a clear line between it and "national contract law." International contract law is part of the substantivelaw of contracts, but to a certain extent different substantive rules and principles might apply to international contracts as compared with domestic contracts. Many similarities to the international law of obligations, including the law of negotiable instruments, guarantees, and so forth, can be found in international contract law.."*<sup>21</sup>

Perjanjian mempunyai peranan yang sangat sentral dalam kehidupan, seiring dengan makin meningkatnya aktivitas individu atau subyek hukum. Khususnya

<sup>20</sup> Huala Adolf, *op.cit.*, hal. 4.

<sup>21</sup> Honnu Honka, *"Harmonization Of Contract Law Through International Trade: A Nordic Perspective,"* 1996, hal. 112, dalam Huala Adolf, *op.cit.*, hal. 9.

karena semakin berkembangnya transaksi perdangan atau bisnis modern, kebutuhan akan perjanjian menjadi semakin nyata<sup>22</sup>, terutama dalam perdagangan.,

Dalam *An Introduction To The Law Of Contract*, Atiyah menggambarkan peranan sentral dari kebutuhan akan hukum perjanjian, sebagai berikut:

*With the economic and social development of modern societies, the need for a law of contract becomes far more pressing for at least two reasons. In the first place the division of labour, which is such a fundamental feature of modern societies, creates a constant or increasing demand for the transfer of property from some members of the community to others. The legal machinery by which these transfers of property and performances of services is carried out is broadly speaking the law of contract.*

*The second reason why economic creates a greater need for an adequate law of contract is the growth of the institution of credit. The emergence of a complex credit economy means that in the process of transferring property and performing services, people have perforce to rely to a greater extent than before on promises and agreements...*<sup>23</sup>

Pemahaman secara komprehensif terhadap asas-asas dalam perjanjian merupakan suatu hal yang sangat penting untuk dapat mendudukan perjanjian sesuai *as it is nature*. Adapun asas-asas dalam perjanjian internasional adalah sebagai berikut:

#### 1. Asas pacta sunt servanda

Ketika kedua belah pihak menyepakati dan menandatangani suatu perjanjian, maka kedua belah telah setuju untuk terikat dalam hak dan kewajiban yang harus dipatuhi oleh kedua belah pihak. Perjanjian yang telah disepakati dan ditandatangani tersebut mengikat layaknya undang-undang bagi para pihak yang membuatnya. Dalam hukum hal ini disebut asas pacta sunt servanda.<sup>24</sup>

<sup>22</sup> Ibid, hal. 1.

<sup>23</sup> P.S. Atiyah, "*An Introduction To The Law Of Contract*," Oxford: Clarendon Press, 1984, hal.3.

<sup>24</sup> Menteri Negara Perencanaan Pembangunan Nasional/Badan Perencanaan Pembangunan Nasional, *op.cit.*, hal. 10

Terdapat beberapa teori yang menjelaskan filosofi mengikatnya suatu perjanjian bagi para pihak yang membuatnya, yaitu:

**a. Teori Kehendak**

Menurut teori ini suatu kesepakatan mengikat karena memang merupakan keinginan para pihak yang menginginkan kesepakatan tersebut mengikat. Para pihak sendirilah yang menyatakan kehendaknya untuk mengikatkan diri.

**b. Teori Persetujuan**

Teori ini menyangkal teori kehendak, karena menurut teori ini dasar mengikatnya suatu kontrak bukan pada kehendak daripada para pihak, melainkan atas dasar persetujuan para pihak. Persetujuan para pihak mengikat sepanjang apa yang telah disepakati para pihak.

**c. Teori Kesetaraan**

Teori ini menyatakan bahwasanya para pihak dalam kesepakatan tersebut telah memberikan kesetaraan (kesamaan) bagi para pihak.

**d. Teori Kerugian**

Menurut teori ini suatu kesepakatan itu mengikat karena para pihak telah menyatakan dirinya untuk mengandalkan pada pihak yang menerima janji dengan akibat adanya kerugian. Dengan kata lain, pelanggaran kesepakatan akan menimbulkan kerugian.<sup>25</sup>

Subekti memberikan pendapatnya terkait dengan hakikat mengikatnya suatu perjanjian dengan menyatakan bahwa "...Perikatan yang lahir dari perjanjian, memang dikehendaki oleh dua orang atau dua pihak yang membuat suatu perjanjian..."<sup>26</sup> dengan demikian teori kehendak dirasa lebih tepat untuk menjelaskan hakikat mengikatnya suatu perjanjian.

Schmitthof mengemukakan bahwa asas *pacta sunt servanda* dan kebebasan berperjanjian merupakan asas yang penting dan telah diakui oleh berbagai sistem hukum di dunia, dengan kalimat berikut:

<sup>25</sup> Roscoe Pound, *An Introduction to the Philosophy of Law*, New Haven: Yale UP, 1954, hal. 136.

<sup>26</sup> Subekti, "Hukum Perjanjian," Jakarta:Intermasa, cet VI, 1979, hal.3.

*"In most legal systems the parties to a contract are allowed a considerable measure of autonomy in the making of the contract, the terms which they wish to adopt, and the choice of law which they wish to apply to their bargain. The universal recognition and confirmation of the principles of freedom of contract and pacta sunt servanda is an accepted fact."*

## 2. Asas kebebasan perjanjian

Asas kebebasan berperjanjian merupakan perwujudan dari paham individualisme di zaman Yunani. Dimana paham ini menyatakan bahwa setiap individu bebas berkehendak dan mendapatkan yang dikehendaknya. Asas kebebasan terkait dengan kebebasan untuk menentukan 1) dengan siapa perjanjian dibuat; 2) objek apa yang akan diperjanjikan; 3) hal apa yang akan diatur dalam perjanjian; dan 4) apa bentuk perjanjiannya.<sup>27</sup> Prinsip mengenai kebebasan para pihak untuk menentukan bentuk dan isi perjanjian berdasarkan kesepakatan mereka ini, sering kali disebut sebagai 'party autonomy'.

Schittorf memberikan komentarnya terhadap asas *party autonomy* sebagai berikut:

*"The autonomy of the parties will in the law of contract as the foundation on which an autonomous law of international trade can be built. The national sovereign, ..., no objection that in that area an autonomous law of international trade is developed by the parties, provided always that law respects in every national jurisdiction the limitations imposed by public policy."*<sup>28</sup>

Salah satu pentingnya asas ini adalah karena aturan ini merupakan dasar yang hakiki bagi para pihak untuk dapat membuat atau menandatangani suatu perjanjian. Dengan aturan dasar ini pula memungkinkan para pihak untuk membuat atau meraneang muatan-muatan perjanjian yang belum pernah ada sebelumnya.

<sup>27</sup> Menteri Negara Perencanaan Pembangunan Nasional/Badan Perencanaan Pembangunan Nasional, *op.cit.*, hal. 12.

<sup>28</sup> Clive M, Schmitthoff, "Commercial Law in Changing Economic Climate," London: Sweet and Maxwell, 1981, hal.22.



### 3. Asas Good Faith

Asas *good faith* ini merupakan asas yang harus ada sepanjang perjanjian, mulai pada waktu negosiasi, pelaksanaan perjanjian, hingga pada tahap penyelesaian sengketa. Asas ini merupakan asas yang penting karena dengan adanya prinsip ini rasa percaya terhadap pihak lain dapat terelaksanakan.<sup>29</sup> Tanpa adanya asas tersebut sangatlah sulit perjanjian akan dapat dibuat dan disetujui oleh kedua belah pihak.

Dalam UNINDROIT Principles of International Commercial Contract pasal 1.7 dinyatakan:

- 1) *Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade.*
- 2) *The parties may not exclude or limit this duty."*

### 4. Asas Resiprositas

Asas ini menyaratkan bahwa para pihak dalam perjanjian harus melaksanakan hak dan kewajibannya masing-masing secara timbal balik. Menurut asas ini, pelaksanaan perjanjian harus memberikan keuntungan timbal balik. Salah satu pihak tidak boleh semata-mata melakukan prestasi yang tidak seimbang. Pada prinsipnya di mana ada hak suatu pihak, disitu ada kewajiban pihak tersebut, demikian juga sebaliknya.<sup>30</sup> Terdapatnya prestasi timbal balik atau resiprokal ini timbul karena adanya kesepakatan timbal balik.

### 5. Asas konsensualitas

Dalam suatu perjanjian atau perjanjian para pihak memiliki kebebasan untuk menentukan dengan siapa perjanjian akan dibuat. Di satu sisi ada pihak yang menawarkan perjanjian (*offer*), dan di satu sisi lain ada pihak yang secara sukarela menerima perjanjian (*accept*). Dari hal ini tampak jelas terdapatnya kesepakatan dan hubungan timbal balik dalam perjanjian. Aspek kesetaraan hadir dalam asas konsensualitas ini. Perjanjian yang baik adalah perjanjian yang lahir atas prinsip

<sup>29</sup> Huala Adolf, *op.cit.*, hal. 24.

<sup>30</sup> Huala Adolf, *op.cit.*, hal. 27.

kesetaraan. Tidak ada satu pihakpun yang dapat memaksakan kehendaknya. Perjanjian disusun bersama tanpa adanya unsur paksaan (*dwang*) atau keterpaksaan. Terkait dengan perjanjian pinjaman luar negeri, perjanjian tidak sah apabila dilakukan dengan adanya tekanan baik tekanan ekonomi maupun politik dari salah satu negara yang terikat perjanjian.<sup>31</sup>

## 2.2. NEGARA SEBAGAI PIHAK DALAM PERJANJIAN PINJAMAN LUAR NEGERI

Dalam perjanjian internasional terdapat beberapa subyek hukum yang dapat membuat dan menandatangani perjanjian internasional. Siapa para pihak yang terlibat dalam pembuatan dan penandatanganan akan berpengaruh terhadap bentuk perjanjian, pilihan hukum, dan pilihan forum penyelesaian sengketa. Para pihak yang dapat menutup suatu perjanjian adalah para pihak yang mampu untuk menanggung hak dan kewajibannya di depan hukum, yaitu:

- 1) Individu
- 2) Badan hukum (perusahaan)
- 3) Organisasi internasional
- 4) Negara.

Dalam perjanjian pinjaman luar negeri, negara merupakan subyek hukum yang paling dominan sebagai salah satu pihak dalam pembuatan perjanjian luar negeri tersebut. Sedangkan subyek hukum lain yang menjadi para pihak lainnya dalam perjanjian tersebut tersebut adalah badan hukum (perusahaan asing), organisasi internasional dan negara asing.

Negara sendiri merupakan subyek hukum yang terpenting (*par excellence*) dibandingkan dengan subyek-subyek hukum internasional lain. Sebagai subyek

---

<sup>31</sup> Menteri Negara Perencanaan Pembangunan Nasional/Badan Perencanaan Pembangunan Nasional, hal. 12

hukum internasional maka negara memiliki hak-hak dan kewajiban menurut hukum internasional.<sup>32</sup>

Dalam konvensi Montevideo on Rights and Duties of States of 1933, pada pasal 1 berbunyi:

*The state as a person of international law should possess the following qualifications:*

- 1) *A permanent population;*
- 2) *A defined territory;*
- 3) *A government;*
- 4) *A capacity to enter into relations with other states.*

Menurut J.G. Starke, unsur atau persyaratan keempat, *a capacity to enter into relations with other states*, merupakan unsur yang paling penting dari segi hukum internasional mengenai negara. Ciri ini yang membedakan antara negara dengan unit-unit yang lebih kecil seperti anggota-anggota federasi atau protektorat-protektorat yang tidak menangani sendiri urusan luar negerinya dan tidak diakui oleh negara-negara lain sebagai anggota masyarakat internasional yang mandiri.<sup>33</sup> Sehingga kemampuan suatu negara untuk melakukan perjanjian dengan negara lain dapat dikatakan sebagai pemenuhan unsur eksistensi negara.

Para pelaku dalam pinjaman luar negeri pada umumnya adalah badan-badan hukum yang melakukan kegiatan bisnis dan negara. Kreditur dari pinjaman luar negeri pada umumnya adalah bank atau lembaga keuangan, sedangkan debiturnya adalah perusahaan atau negara, karena itu pinjaman luar negeri disebut juga sebagai *internasional banking transaction*.<sup>34</sup>

Berikut ini akan diuraikan mengenai perjanjian yang dilakukan oleh negara dengan negara, negara dengan organisasi internasional, dan negara dengan badan hukum atau perusahaan asing.

<sup>32</sup> Mochtar Kusumaatmadja, "Pengantar Hukum Internasional," Bandung, Binacipta, 1981, hal.89.

<sup>33</sup> J.G. Starke, "Introduction to International Law," London:Butterwoths, edisi ke-9, 1984, hal. 92.

<sup>34</sup> Didik Suraputra, *Aspek-Aspek Hukum Internasional Dari Pinjaman Luar Negeri*, Laporan Tim Pengkajian Hukum Tahun 1991-1992 Tentang Aspck Hukum Perjanjian Pinjaman Luar Negeri. Kementerian Kehakiman, Badan Pembinaan Hukum Nasional.

### 2.2.1. Negara dengan negara

Seperti telah disampaikan di atas, negara merupakan subyek hukum internasional yang paling penting. Perjanjian yang dibuat negara dengan negara merupakan perjanjian komersial yang menyangkut dua kedaulatan. Dalam perjanjian ini kedudukan kedua belah pihak setara. Walaupun bila dilihat dari segi luas wilayah, kekuatan militer, ekonomi, penguasaan terhadap ilmu pengetahuan dan teknologi kedudukan masing-masing negara akan berbeda. Namun, sebagai anggota masyarakat internasional, pada prinsipnya mereka memiliki kedudukan yang sama. Hal ini merupakan konsekuensi dari kedaulatan mereka dalam hukum internasional.

Oleh sebab alasan tersebut, dikatakan oleh J.L. Bierly bahwa kata persamaan (*equality*) disini harus dibaca sebagai persamaan hukum (*legal equality*).<sup>35</sup> Dalam Deklarasi Majelis Umum Perserikatan Bangsa-Bangsa tahun 1970 disampaikan: "*All states enjoy sovereign equality. They have equal rights and duties and are equal members of the international community, notwithstanding differences of an economic, social or other nature.*"<sup>36</sup>

Salah satu karakteristik dari perjanjian seperti ini pada umumnya adalah kesulitan dalam menentukan pilihan hukum. Terdapat kecenderungan keengganan suatu negara untuk menundukan diri pada hukum nasional negara lain ataupun sebaliknya. Sehingga alternatif yang ditempuh biasanya dengan memilih hukum internasional sebagai hukum yang cukup netral bagi kedua belah pihak. Alternatif selanjutnya, adalah dengan tidak menentukan suatu pilihan hukum, dengan asumsi kedua belah pihak mengharapkan pelaksanaan perjanjian yang mereka lakukan tidak melahirkan suatu sengketa.<sup>37</sup>

Begitu pula dengan pilihan forum penyelesaian sengketa, terdapat keengganan suatu negara untuk dapat menundukan diri pada badan peradilan nasional negara lainnya, begitu juga dengan pihak lainnya. Sehingga umumnya para pihak memilih suatu badan arbitrase internasional yang berada di bawah suatu lembaga

<sup>35</sup> J.L. Bierly, "*The Law of Nations*," London:Oxford, 1972, hal. 123.

<sup>36</sup> J.G. Starke, "*Introduction to International Law*," London: Butterworths, ed.9, 1984, hal. 104.

<sup>37</sup> Huala Adolf, *op.cit.*, hal. 60.

internasional dalam rangka penyelesaian sengketa yang mungkin terjadi di antara para pihak.

### 2.2.2. Negara dengan Organisasi Multilateral/Internasional

Organisasi internasional atau organisasi multilateral merupakan salah satu subyek utama dalam hukum internasional setelah negara. Akan tetapi, berbeda dengan negara yang merupakan subyek asli hukum internasional, organisasi internasional dapat juga dikatakan bukan sebagai subyek asli. Status yuridik suatu negara tidak tergantung dari siapapun, sedangkan keberadaan dari organisasi internasional merupakan sebagai akibat kehendak bersama negara-negara.<sup>38</sup>

Definisi organisasi internasional ataupun organisasi multilateral menurut pasal 2 ayat 1 Konvensi Wina 1969 tentang Hukum Perjanjian adalah organisasi antar pemerintah. Beberapa pakar mendefinisikan organisasi internasional, yang juga merupakan usulan Sidang Kodifikasi Hukum Perjanjian di Wina pada tahun 1968-1969, sebagai himpunan negara-negara yang terikat dalam suatu perjanjian internasional yang dilengkapi dengan suatu anggaran dasar dan organ-organ bersama serta mempunyai suatu personalitas yuridik yang berbeda dari yang dimiliki oleh negara-negara anggota.<sup>39</sup>

Kemampuan atau kewenangan hukum (*legal personality*) dari organisasi multilateral untuk menandatangani berbagai perjanjian umumnya tereantum dalam perjanjian pendirian organisasi multilateral yang bersangkutan. Sebagai suatu subyek hukum internasional, organisasi multilateral tidak memiliki status yang sama seperti halnya dengan negara (sebagai subyek hukum yang sempurna atau *par excellence*).

Dengan statusnya sebagai suatu subyek hukum internasional, organisasi multilateral dalam mengadakan suatu perjanjian pinjaman dengan negara dapat memilih hukum internasional sebagai salah satu hukum yang mengatur berlakunya suatu perjanjian internasional. Pemilihan hukum internasional ini

<sup>38</sup> Boer Mauna, "Hukum Internasional," *op.cit.*, hal. 423.

<sup>39</sup> *Ibid*, hal. 420.

dipandang perlu guna mempertahankan sifat independensi dan sifat internasional dari kegiatan yang dilakukan oleh organisasi multilateral/internasional tersebut.

Dalam Asian Development Bank (ADB) *Ordinary Operations Loan* disebutkan: *"The law to be applied by the arbitral tribunal shall be public international law, the sources of which shall be taken for these purposes to include.."*<sup>40</sup> ADB menggunakan hukum internasional publik sebagai hukum yang mengatur (*governing law*) perjanjian pinjaman luar negeri.

Akan tetapi terkadang perjanjian yang dilakukan organisasi internasional dengan suatu negara tidak mencantumkan klausul pilihan hukum. Seperti perjanjian pinjaman luar negeri antara World Bank dengan suatu negara. *General conditions the World Bank* tidak menyatakan hukum mana yang akan digunakan. Hal ini tentunya akan menimbulkan suatu pertanyaan hukum mana yang akan digunakan sebagai dasar hukum bila terjadi sengketa.

### 2.2.3. Negara dengan badan hukum (perusahaan asing)

Bernann mengkategorikan perjanjian yang dilakukan oleh negara dengan perusahaan asing ke dalam dua bentuk perjanjian, yaitu perjanjian pembangunan ekonomi (*economic development agreement*) dan perjanjian pengadaan barang dan jasa pemerintah (*agreement on government procurement*).

Yang dimaksudkan dengan perjanjian pembangunan ekonomi adalah: *"..agreement whereby a state engages the capital and technology of a foreign enterprise, typically of one more developed countries, in an undertaking designed to have a decisive positive impact on the State/s overall economic development."*

Contoh perjanjian pembangunan ekonomi adalah perjanjian di bidang pemanfaatan sumber daya alam ataupun perjanjian pinjaman keuangan. Sedangkan perjanjian mengenai pengadaan barang dan jasa pemerintah misalnya perjanjian-perjanjian di bidang industri, pengadaan kebutuhan operasional aktivitas atau tugas-tugas pemerintahan.

<sup>40</sup> Asian Development Bank, *Ordinary operations loan regulations*, ordinary capital resources, Juli 2001.

Lebih lanjut Bermann berpendapat bahwa di dalam perjanjian-perjanjian antara negara dan pihak swasta, kecenderungan yang tampak mengenai pemilihan hukum yang berlaku dalam perjanjian adalah pemilihan hukum negara pihak ketiga, yang seringkali disebut dengan delokalisasi perjanjian (*decolization of contracts*).<sup>41</sup> Berkebalikan dengan delokalisasi perjanjian adalah lokalisasi perjanjian, yaitu pemilihan hukum nasional dari negara yang menjadi para pihak dalam suatu perjanjian dengan pihak lainnya. Ada beberapa alasan utama, yang mendukung relokalisasi perjanjian ini, yaitu:

- 1) Perjanjian-perjanjian yang dibuat negara dengan warga negara asing tunduk semata-mata kepada hukum nasionalnya secara eksklusif.
- 2) Sengketa yang mungkin timbul dari perjanjian tersebut harus diselesaikan oleh pengadilan nasionalnya.
- 3) Negara-negara memiliki kedaulatan atas kekayaan alamnya.<sup>42</sup>

Mengenai masalah hukum yang berlaku dalam perjanjian jenis ini, Schacter berpendapat bahwa prinsip kesepakatan dan kebebasan kedua belah pihak (negara dan perusahaan) tetap berlaku, namun, pada umumnya hukum yang berlaku adalah hukum nasional di mana perjanjian tersebut dibuat dan dilaksanakan. Bilamana tidak terdapat pilihan hukum, maka hukum yang berlaku ditentukan berdasarkan prinsip-prinsip hukum perdata internasional.

Pendapat Bermann dan Schater di atas tidaklah tepat, sebab justru dalam beberapa perjanjian pinjaman luar negeri yang dibuat Pemerintah Republik Indonesia, kecenderungan hukum yang berlaku pada umumnya bukanlah hukum nasional di mana perjanjian dibuat dan dilaksanakan, akan tetapi hukum yang berlaku adalah hukum nasional badan hukum/perusahaan asing pemberi pinjaman (*lender*) tersebut.

Dalam klausul *Governing Law and Jurisdiction* perjanjian pinjaman luar negeri antara Pemerintah Republik Indonesia dengan China Citic Bank per tanggal 28 Januari 2008 disebutkan: "*this agreement shall, in all respect, be governed by and construed in accordance with the laws of China.*" Dalam klausul *Law and*

<sup>41</sup> George A. Bermann, "Contracts Between State and Foreign Nationals: A Reassessment," New York: Mathew Bender, 1981, hal. 184-185, dalam Huala Adolf, *op.cit.*, hal. 183..

<sup>42</sup> *Ibid*, hal. 184-185

*jurisdiction* perjanjian pinjaman luar negeri antara Pemerintah Republik Indonesia dengan BNP Paribas (London Branch) yang berlaku efektif pada tanggal 16 Desember 2008 berbunyi: "*this agreement shall, in all respect, be governed by and construed in accordance with English Law.*"

Adapun perjanjian pinjaman luar negeri yang dibuat antara Pemerintah Republik Indonesia dengan badan hukum/perusahaan asing sebagai para pihak merupakan perjanjian pinjaman luar negeri yang paling banyak dilakukan.

Selanjutnya mengenai organ negara mana yang memiliki kewenangan untuk membuat dan menandatangani perjanjian pinjaman luar negeri, maka berdasarkan pasal 11 Undang-Undang Dasar 1945 (amandemen keempat) yang menyatakan:

- 1) *Presiden dengan persetujuan DPR menyatakan perang, membuat perdamaian dan perjanjian dengan negara lain;*
- 2) *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 dan pembentukan Undang-Undang harus dengan persetujuan DPR.*
- 3) *Ketentuan lebih lanjut tentang perjanjian internasional diatur dengan Undang-Undang.*

Presiden memiliki kewenangan dalam pembuatan dan penandatanganan suatu perjanjian internasional yang dilakukan dengan persetujuan DPR. Pada dasarnya kewenangan dalam pembuatan suatu perjanjian terletak di tangan Presiden sebagai kepala eksekutif, namun dalam hal perjanjian tersebut dilakukan dengan negara lain atau mempunyai implikasi yang cukup signifikan terhadap kehidupan rakyat, maka berdasarkan fungsi *binding decision making on international agreement and treaties* daripada lembaga legislatif yang diamanatkan pasal 11 UUD 1945 tersebut, DPR mempunyai hak menyetujui atau tidak menyetujui perjanjian internasional yang dibuat oleh Presiden.

Selanjutnya berdasarkan pasal 17 UUD 1945 ayat 1 dan 3, yang berbunyi:

- 1) *Presiden dibantu oleh Menteri-menteri Negara*
- 3) *Setiap Menteri membidangi urusan tertentu dalam pemerintahan*



Dari pasal di atas terlihat bahwa Presiden dalam melaksanakan pemerintahannya dibantu oleh para Menteri, dimana salah satunya dalam pembuatan perjanjian pinjaman luar negeri. Hal yang masih menjadi kerancuan dalam tataran yuridis terhadap masalah ini adalah mengenai Menteri mana yang memiliki kewenangan yang dilimpahkan Presiden untuk menandatangani perjanjian pinjaman luar negeri tersebut. Kerancuan tersebut terletak kepada tidak adanya penegasan secara yuridis baik dalam Undang-Undang Nomor 17 tahun 2003 tentang Keuangan Negara maupun Peraturan Pemerintah No. 2 Tahun 2006 (bahkan dalam Rancangan Undang-Undang Pinjaman/Hibah Luar Negeri)<sup>43</sup> mengenai ranah hukum daripada perjanjian pinjaman luar negeri sendiri, apakah termasuk perjanjian yang masuk dalam perjanjian internasional publik atau perjanjian internasional biasa.

Sehingga secara yuridis akan sulit untuk menentukan kewenangan penandatanganan suatu perjanjian pinjaman luar negeri ini. Undang-undang Perjanjian Internasional hanya mengatur tentang perjanjian pinjaman per definisi Undang-Undang ini yaitu perjanjian "*Governed by International Law*". Sehingga untuk perjanjian pinjaman kategori ini, ketentuan Konvensi Wina 1969 dan 1986 diberlakukan. Akibatnya, akan terjadi konflik kewenangan antara substansi dan format, yaitu Menteri Keuangan yang memiliki kewenangan atas pinjaman luar negeri dengan Menteri Luar Negeri yang memiliki kewenangan untuk membuat perjanjian internasional itu sendiri.<sup>44</sup>

Dalam tataran praktis, pinjaman luar negeri dilakukan oleh Menteri Keuangan, berdasarkan amanat Undang-Undang Keuangan Negara dan Undang-Undang Perbendaharaan Negara tersebut, dimana dalam hal pengadaan pinjaman luar negeri tersebut Menteri keuangan dapat menunjuk pejabat yang diberi kuasa atas nama Menteri Keuangan untuk mengadakan utang negara atau menerima hibah yang berasal dari dalam negeri maupun luar negeri sesuai dengan ketentuan yang telah ditetapkan dalam Undang-Undang APBN.

<sup>43</sup> Direktorat Perjanjian Ekonomi, Sosial dan, Budaya, Kementerian Luar Negeri, "*Perjanjian Internasional Dalam Teori dan Praktek di Indonesia, Kompilasi Permasalahan,*" Kementerian Luar Negeri, 2006, hal. 48.

<sup>44</sup> Ibid, hal. 48.

Berdasarkan pasal 8 Undang-Undang 17 Tahun 2003 tentang Keuangan Negara, disebutkan bahwa dalam rangka pelaksanaan kekuasaan atas pengelolaan fiskal, Menteri Keuangan mempunyai tugas, diantaranya melakukan perjanjian Internasional di bidang keuangan dan berdasarkan pasal 38 UU 1 Tahun 2004 tentang Perbendaharaan Negara, dinyatakan bahwa Menteri Keuangan memiliki kewenangan mengadakan pinjaman Luar negeri. Sedangkan dalam UU 24 Tahun 2000, perjanjian pinjaman luar negeri dimasukkan dalam ruang lingkup perjanjian internasional publik, yang menjadi domain kewenangan Menteri Luar Negeri.

Selanjutnya dalam kedua ketentuan tersebut (UU 17 tahun 2003 dan UU 1 tahun 2004) terlihat Menteri Keuangan yang melaksanakan fungsi Bendahara Negara diberi kewenangan untuk melakukan perikatan yang dapat menimbulkan kewajiban di kemudian hari dan mempunyai kewajiban untuk mengelola utang tersebut, yang mana utang tersebut dapat digunakan oleh pemerintah Pusat atau diteruskanpinjamkan kepada Pemerintah Daerah atau BUMN. Dengan akumulatif utang yang dapat dilakukan dibatasi tidak boleh melampui 60 persen dari produk domestik bruto.<sup>45</sup>

Sementara itu berdasarkan Peraturan Pemerintah Nomor 2 tahun 2006, Presiden menetapkan rencana kebutuhan pinjaman luar negeri selama lima tahun yang disusun sesuai dengan prioritas bidang pembangunan yang dapat dibiayai dengan pinjaman luar negeri berdasarkan usulan Menteri Keuangan dan Menteri Perencanaan Pembangunan Nasional, yang disusun berdasarkan Rencana Pembangunan Jangka Menengah.

Sebelumnya untuk jangka waktu yang lama aturan pengadaan pinjaman hanya berlandaskan aturan operasional dalam bentuk Surat Keputusan Bersama (SKB) Menteri Keuangan dan Menteri Negara Perencanaan Pembangunan Nasional/Kepala Badan Perencanaan Pembangunan Nasional melalui SKB Nomor 185/KMK.03/1995 dan KEP.031/KET/5/1995. Secara umum aturan tersebut lebih sesuai sebagai *guidance* dalam proses pengadaan pinjaman mengingat aturan dimaksud

---

<sup>45</sup> Rahmat Waluyanto, "Pengelolaan Utang Pemerintah, Surat Utang Negara, Surat Berharga Syariah Negara, dan Pinjaman Luar Negeri, dalam Era Baru Kebijakan Fiskal, Pemikiran, Konsep, dan Implementasi," Anggito Abimanyu dan Andie Megantara, Badan Kebijakan Fiskal, Kementerian Keuangan, 2009, hal. 477.

menguraikan urutan tahapan pengadaan pinjaman luar negeri dari tahap perencanaan, pelaksanaan penarikan dana, sampai dengan evaluasi dan *monitoring*.<sup>46</sup>

## 2.2. DIKOTOMI RUANG LINGKUP HUKUM PRIVAT DAN HUKUM PUBLIK DALAM PERJANJIAN PINJAMAN LUAR NEGERI

Terdapatnya perbedaan pandangan mengenai status dari perjanjian pinjaman luar negeri, apakah termasuk perjanjian yang masuk dalam ranah hukum publik atau perjanjian yang masuk dalam ranah hukum privat sudah lama mengemuka. Sunaryati Hartono menyampaikan pandangannya, mengutip pendapat dari Me Nair, Verdross, dan Schwarzenberger tentang definisi perjanjian, dimana dikatakan perjanjian yang terjadi antara suatu pemerintah negara berdaulat dengan perusahaan asing tidak lagi dapat dianggap sebagai perjanjian internasional konvensional yang diatur dengan hukum internasional. Tetapi tidak dapat juga dikatakan sebagai suatu perjanjian perdata atau privat yang diatur oleh hukum perdata salah satu pihak. Bahkan tidak dapat juga dianggap sebagai suatu perjanjian internasional biasa yang diatur oleh hukum perdata internasional atau *Lex Mercatoria*.<sup>47</sup>

Ranah hukum publik dari perjanjian pinjaman luar negeri dapat dilihat dari sisi teoritis maupun normatif. Dari sisi teoritis, hukum publik merupakan: “*..the conduct of the government in its relations with its citizens,..*”<sup>48</sup> atau “*a law affecting the public at large*”.<sup>49</sup> Berdasarkan definisi tersebut, dapat ditarik kesimpulan bahwa hukum publik merupakan hukum yang berlaku secara luas serta harus ditaati oleh masyarakat.

Hal tersebut selaras bila dikaitkan dengan perjanjian pinjaman luar negeri yang merupakan perjanjian pinjam meminjam, dimana utang luar negeri yang dibuat

<sup>46</sup> Ibid, hal.476.

<sup>47</sup> Sunaryati Hartono, “*Hukum yang Berlaku Bagi Pinjaman Luar Negeri antara Pemerintah RI dan Bank Asing, Bank Internasional ataupun Pemerintah Lain atau Konsorsium Internasional, Proceeding Roundtable Discussion tentang Pinjaman Luar Negeri Pemerintah, Upaya Meningkatkan Efektifitas Perjanjian Pinjaman,*” Bank Indonesia, 2004, hal. 47.

<sup>48</sup> <http://www.duhaime.org/LegalDictionary/p/publiclaw.aspx>

<sup>49</sup> [www.congsei.princeton.edu/egi-bin/webwn](http://www.congsei.princeton.edu/egi-bin/webwn).

Pemerintah menimbulkan implikasi beban keuangan negara yang harus dibayarkan di masa mendatang kepada pemberi pinjaman, dan pemenuhan kewajiban negara tersebut salah satunya dicapai melalui instrumen perpajakan, dimana setiap warga negara terikat untuk mematuhi. Sehingga pandangan yang berpendapat perjanjian pinjaman luar negeri masuk dalam kualifikasi ranah hukum publik dapat dipahami, karena besarnya tanggung jawab negara kepada publik dalam melakukan pinjaman luar negeri yang berdampak pada besaran utang negara yang secara langsung maupun tidak langsung berpengaruh terhadap kehidupan rakyat.

Sedangkan dari sisi normatif terdapatnya dikotomi tersebut disebabkan rumusan dalam Undang-Undang Nomor 24 tahun 2000 Undang-Undang Nomor 24 tahun 2000. Dalam pasal 1 ayat (1) Undang-Undang tersebut, berbunyi: *“perjanjian internasional adalah perjanjian dalam bentuk dan nama tertentu, yang diatur dalam hukum internasional yang dibuat secara tertulis serta menimbulkan hak dan kewajiban di bidang hukum publik.”*

Dalam penjelasannya disebutkan: *“mekanisme dan prosedur pinjaman dan/atau hibah luar negeri beserta persetujuannya oleh Dewan Perwakilan Rakyat akan diatur dengan Undang-Undang tersendiri.”* Dan dalam pasal 10 Undang-Undang Nomor 24 tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional, disebutkan:

*“Pengesahan Perjanjian Internasional dilakukan dengan Undang-Undang apabila berkenaan dengan:*

- a. masalah politik, perdamaian, pertahanan, dan keamanan negara;*
- b. perubahan wilayah atau penetapan batas wilayah negara republik indonesia;*
- c. kedaulatan atau hak berdaulat negara;*
- d. hak asasi manusia dan lingkungan hidup;*
- e. pembentukan kaidah hukum baru;*
- f. pinjaman dan/atau hibah luar negeri.”*

Dalam kedua rumusan pasal di atas, perjanjian pinjaman luar negeri dikelompokkan ke dalam ranah hukum publik, dimana untuk pengesahan perjanjian pinjaman luar negeri harus melalui mekanisme ratifikasi dengan undang-undang. Salah satu konsekuensi dimasukkannya perjanjian pinjaman luar negeri ke dalam ranah

hukum publik adalah mengenai kewenangan dalam penandatanganan perjanjian pinjaman luar negeri dimaksud serta prosedur pengesahan perjanjian yang harus digunakan.

Sedangkan ranah hukum privat dari perjanjian pinjaman luar negeri terlihat dari instrumen yang digunakan Pemerintah dalam melakukan pinjaman luar negeri, yaitu perjanjian pinjam meminjam. Dimana perjanjian pinjam meminjam adalah masuk dalam ranah hukum privat, yang diatur dalam buku ketiga KUHPerdata mengenai perikatan dengan menggunakan asas umum yang biasa digunakan, yaitu kesepakatan bersama.

Dalam memandang dikotomi ruang lingkup hukum dari perjanjian pinjaman luar negeri dari sisi subyek hukum, Hikmahanto Juwana mengatakan:

*"...dalam lapangan hukum publik, Negara dapat dipastikan menjadi subyek hukum. Dalam lapangan hukum perdata dalam hal-hal tertentu negara dapat menjadi subyek hukum. Misalnya saja pemerintah hendak membeli kendaraan bagi para pejabatnya, maka pembelian dilakukan oleh suatu instansi dengan menggunakan perjanjian, bukan dengan surat keputusan yang dibuat secara sepihak oleh pemerintah dalam posisinya sebagai subyek hukum publik. Negara bisa menjadi subyek hukum perdata bila negara melakukan tindakan yang bersifat perdata, seperti melakukan tindakan jual beli, sewa menyewa bahkan pinjam meminjam. Dalam subyek hukum perdata, negara masuk dalam kategori badan hukum."<sup>50</sup>*

Dimensi publik lainnya dari perjanjian pinjaman luar negeri dapat terlihat dari perjanjian pinjaman luar negeri Pemerintah dengan organisasi-organisasi multilateral. Dimana dalam klausul perjanjian mengenai penyelesaian sengketa,<sup>51</sup> umumnya digunakan hukum internasional publik sebagai *governing law*. Dalam Asian Development Bank (ADB) *Ordinary Operations Loan* disebutkan: *"The law to be applied by the arbitral tribunal shall be public international law, the sources of which shall be taken for these purposes to include.."*<sup>52</sup>

<sup>50</sup> Hikmahanto Juwana, "Beberapa Aspek Hukum Perjanjian Luer Negeri Pemerintah. *Proceeding Raundtable Discussion tentang Pinjaman Luar Negeri Pemerintah, Upaya Meningkatkan Efektifitas Perjanjian Pinjaman*," Bank Indonesia, 2004. Hal, 38

<sup>51</sup> Klausul tentang penyelesaian sengketa perjanjian pinjaman luar negeri pemerintah dengan organisasi multilateral, biasanya terletak pada *guidelines/loan regulations* yang terpisah dari *loan agreements*.

<sup>52</sup> Asian Development Bank, *Ordinary operations loan regulations, ordinary capital resources*, Juli 2001.

Sedangkan dimensi privat sangat terlihat dari perjanjian pinjaman luar negeri yang dilakukan Pemerintah dengan *Lender* komersial, seperti BNP Paribas, China Export Import Bank, KFW Jerman, atau CIC Perancis. Forum penyelesaian sengketa dalam perjanjian ini umumnya dilakukan melalui badan peradilan perdata, seperti Arbitrase. Sedangkan untuk *governing law* umumnya digunakan hukum nasional dari *Lender*. Perjanjian pinjaman luar negeri seperti ini, biasanya mengesampingkan immunitas daripada negara penerima pinjaman (*waiver of immunity*).

Berikut ini salah satu contoh klausul pinjaman luar negeri antara pemerintah dengan Credit Industriel Et Commercial (CIC) Perancis yang ditandatangani pada tanggal 8 Agustus 2008, dimana dalam klausul *submission to law and jurisdiction*:

- 1) *The finance document and all documents and all documents contemplated thereby are considered under the laws of the Republic of Indonesia as a private and commercial act (rather than governmental and public activities) subject to civil and commercial law;*
- 2) *The choice of the exclusive jurisdiction of the arbitral court of the International Chamber of Commerce of Paris and of the laws of the Republic of France as provided in this Agreement is valid and binding on the borrower and will be recognized and enforced in the Republic of Indonesia;*

Dalam klausul *Governing law* berbunyi: "*this agreement shall be governed by, and construed in accordance with the laws of the Republic of France*. Sedangkan dalam klausul *waiver of immunity* berbunyi: "*The Borrower irrevocably agrees that, should the Coface Lender take any proceedings anywhere (whether for an injunction, specific performance, damages or otherwise), no immunity (to the extent that it may at any time exist, whether on the ground of sovereignty or otherwise) from those proceedings..*"

Dikatakan oleh Hikmahanto Juwana, bahwasannya berdasarkan substansi perjanjian internasional dapat diklasifikasikan paling tidak dalam dua kualifikasi penting. Pertama adalah perjanjian internasional yang bersifat publik dan kedua perjanjian internasional yang bersifat perdata. Perjanjian internasional yang bersifat

publik adalah perjanjian internasional dimana negara menjalankan fungsinya sebagai institusi publik (*iure imperii*). Sedangkan perjanjian internasional yang bersifat perdata adalah dimana negara menjalankan fungsinya sebagai institusi perdata (*iure gestionis*).<sup>53</sup>

Lebih lanjut dikatakan bahwa dalam lapangan hukum perjanjian (yang merupakan sub cabang dari hukum perdata), maka perjanjian dimana salah satu pihaknya adalah negara disebut sebagai perjanjian bisnis yang berdimensi publik (*government contracts*). Istilah ini mengindikasikan bahwa sifat hubungan yang dilakukan adalah perdata, namun karena salah satu pihaknya adalah pemerintah maka terdapat dimensi publiknya.<sup>54</sup>

Menurut Penulis pendapat dari Hikmahanto Juwana tersebut cukup tepat, sebab sangatlah sulit untuk mengatakan bahwa perjanjian pinjaman luar negeri yang dilakukan Pemerintah adalah perjanjian yang bersifat hukum publik atau hukum privat semata. Karena bagaimanapun juga perjanjian pinjaman luar negeri yang dilakukan Negara mempunyai implikasi terhadap masyarakat yang cukup luas, sebagaimana dijelaskan di atas, selain dari sisi pihak yang membuat perjanjian tersebut adalah negara dan juga dalam perjanjian luar negeri tersebut, terutama perjanjian pinjaman yang dilakukan Negara dengan badan hukum/perusahaan asing, Negara telah melepaskan hak berdaulatnya (*waiver of immunity*) sehingga negara dalam hal ini bertindak sebagai pedagang pada umumnya (*iure gestiones*), yang dapat tunduk pada hukum nasional negara lain. Karena itu, tidak salah bila dikatakan bila perjanjian pinjaman luar negeri merupakan perjanjian bisnis yang berdimensi publik.

---

<sup>53</sup> Ibid.

<sup>54</sup> Ibid, hal. 39-40.

**BAB III**  
**ANALISIS KLAUSUL-KLAUSUL HUKUM PERJANJIAN PINJAMAN**  
**LUAR NEGERI (*LOAN AGREEMENT*)**

**3.1. KLAUSUL-KLAUSUL PERJANJIAN PINJAMAN LUAR NEGERI SECARA UMUM**

Dalam perjanjian pinjaman luar negeri yang dilakukan antara Pemerintah selaku *borrower* dengan pihak *lender* luar negeri, terdapat dua aspek yang wajib termuat di dalamnya, yaitu aspek *financial* dan aspek *legal*. Aspek *financial* dan aspek *legal* tertuang dalam perjanjian pinjaman secara *mixed* antara satu dengan lainnya dalam suatu ketentuan ataupun secara mandiri yang terpisah satu sama lain pada ketentuan masing-masing.

Secara umum, anatomi perjanjian pinjaman luar negeri Pemerintah dapat dibedakan antara format perjanjian yang ditawarkan oleh *multilateral lender* dan *commercial/bilateral lender*. Anatomi perjanjian pinjaman luar negeri dengan lembaga multilateral atau bilateral seperti Jepang pada umumnya terdiri lebih dari satu dokumen, yang terdiri dari pedoman baku pinjaman (*guidelines*) dan *loan agreement*, dimana hal-hal yang diatur dalam *guidelines* berlaku pula untuk setiap *loan agreement*. Sedangkan perjanjian pinjaman antara Pemerintah dengan *commercial lender* hanya merujuk pada satu dokumen saja, yaitu *loan agreement*.

Selanjutnya di bawah ini akan diuraikan karakteristik masing-masing struktur perjanjian pinjaman luar negeri secara dikotomis, baik yang ditawarkan oleh *multilateral lender* maupun *commercial lender*.

**3.1.1. Struktur Perjanjian Pinjaman Luar Negeri Pemerintah yang Berasal dari Multilateral Lender**

Dalam perjanjian pinjaman luar negeri yang *draft*-nya ditawarkan oleh *multilateral lender* biasanya terdapat pedoman baku (*guidelines*) yang merupakan *standard terms and conditions* yang dijadikan rujukan umum untuk seluruh perjanjian



pinjaman yang dibuat antara *lender* (lembaga multilateral yang bersangkutan) dengan *borrower* (negara-negara anggota lembaga multilateral dimaksud).

Sebagai konsekuensi logis dari keanggotaan Pemerintah Indonesia misalnya di lembaga *World Bank* dan *Asian Development Bank*, maka pada saat Pemerintah mengajukan diri sebagai *borrower*, kemudian mengikatkan diri dalam perjanjian pinjaman dengan lembaga tersebut, maka secara otomatis Pemerintah akan tunduk pada *guidelines* perjanjian pinjaman yang telah ditetapkan oleh lembaga-lembaga tersebut.

*World Bank* memiliki *General Condition for Loans* dan *Asian Development Bank* memiliki *Loan Regulations* sebagai *guidelines* pinjaman kepada negara-negara anggotanya. *Guidelines* ini disusun dan ditetapkan oleh anggota lembaga tersebut secara bersama-sama dalam sidang lembaga-lembaga tersebut dan disepakati sebagai rujukan yang baku di kalangan anggotanya. Dengan disepakatinya sebagai rujukan yang baku, maka kurang tepat dan inefisien manakala negara anggotanya yang bertindak sebagai *borrower* atas pinjaman dari lembaga tersebut, “menyerang” eksistensi dari *guidelines* itu sendiri.

Namun demikian, ruang untuk mengecualikan beberapa ketentuan dalam *guidelines* rupanya tetap ada, mengingat selain *guidelines* yang secara absolut diberlakukan kepada *borrower*, digunakan pula dokumen *loan agreement* sebagai dokumen perjanjian pinjaman yang tidak terpisahkan dari *guidelines*, yang dibuat secara individual dengan menyesuaikan karakteristik kegiatan yang dibiayai oleh pinjaman dimaksud. *Loan agreement* berisi hak-hak dan kewajiban-kewajiban *lender* dan *borrower* secara timbal balik.

Dibawah ini diuraikan mengenai struktur dari *guidelines* dan *loan agreement* yang biasa digunakan oleh *multilateral lender*. Sedangkan beberapa ketentuan yang mengatur secara khusus mengenai isu hukum seperti *Events of Default*, *Waiver of Immunity*, *Process Agent*, *Applicable Law And Jurisdiction*, akan diterangkan tersendiri dalam sub bab berikutnya.

### 3.1.1.1 Struktur dalam Guidelines

Secara umum dalam *guidelines* biasa termuat struktur perjanjian pinjaman sebagai berikut:

#### a. Ketentuan-ketentuan administratif

*Purpose*, berisi maksud dan tujuan pembuatan General Condition/Loan Regulation.

*Reference; Headings*, berisi pernyataan bahwa judul pasal, bagian, dan lampiran hanya berlaku sebagai referensi, dan tidak dipergunakan sebagai bahan pertimbangan penafsiran.

*Inconsistency with Loan Agreements*, berisi ketentuan yang menyatakan bahwa pada prinsipnya terdapat peluang terjadinya inkonsistensi antara *guidelines* dan *loan agreement*. Apabila hal tersebut terjadi, atau konkritnya terdapat ketidaksesuaian antara *guidelines* dan *loan agreement* tersebut, maka ketentuan yang terdapat dalam *loan agreement* dapat dianggap sebagai suatu pengecualian atas pemberlakuan *guidelines*.

*Definition*, berisi ketentuan-ketentuan yang memuat pengertian, singkatan atau akronim yang digunakan dalam *guidelines*, serta hal-hal yang sifatnya umum yang berlaku bagi klausul-klausul berikutnya, antara lain ketentuan yang mencerminkan asas, maksud, dan tujuan, serta yang disebut repetitif dalam *guidelines*.

#### b. Penarikan pinjaman

Berisi aturan umum mengenai pembukaan *loan account* dan mekanisme penarikan pinjaman yang berdasarkan aturan yang berlaku di masing-masing negara *borrower*. Adapun mekanisme penarikan pinjaman akan diatur secara spesifik dalam *loan agreement*.

Dalam ketentuan tersebut biasanya ditegaskan bahwa penarikan pinjaman hanya dapat dilakukan setelah tanggal efektifnya perjanjian pinjaman, dan penarikan yang dilakukan sebelum efektifnya perjanjian, dalam hal sangat terpaksa sekalipun, sama sekali tidak diperkenankan.

Selanjutnya, dalam ketentuan tersebut juga dinyatakan bahwa *lender* hanya akan meneairkan pinjaman apabila seluruh *conditions precedent* telah terpenuhi. *Conditions precedent* yang merupakan syarat yang menanggukkan efektifnya perjanjian pinjaman biasanya meliputi penyampaian dokumen otorisasi pejabat yang berwenang kepada *lender*, penyampaian dokumen-dokumen terkait pinjaman, dan lain-lain dokumen pendukung yang dimintakan *lender*. Selain itu, sebagai *conditions precedent*, *lender* memerlukan pula *legal opinion* yang diterbitkan oleh *legal counsel* dari *borrower*. Biasanya *legal opinion* ini diimplementasikan oleh Kementerian Hukum dan Hak Asasi Manusia atau Biro Hukum Kementerian Keuangan. *Legal opinion* berisi pernyataan hukum bahwa dari sisi *borrower* perjanjian pinjaman telah dilaksanakan sesuai peraturan perundang-undangan yang berlaku, ditandatangani oleh pejabat yang berwenang dan pernyataan hukum lain-lain yang diperlukan dalam mengefektifkan pinjaman.

Dalam ketentuan ini dinyatakan pula bahwa penarikan pinjaman hanya diperkenankan untuk membiayai pengeluaran sebagaimana yang diatur dalam perjanjian (*eligible expenditure*).

### c. Project Execution

Ketentuan ini mengatur tentang berbagai kewajiban yang harus dilaksanakan negara peminjam agar kegiatan atau proyek yang dibiayai dari pinjaman dapat terlaksana dengan baik, efektif, efisien, dan sesuai dengan ketentuan-ketentuan yang terdapat dalam *Guidelines dan Loan Agreement*.

Dalam ketentuan ini *Borrower* diminta untuk memperhatikan aspek administrasi, teknis, keuangan, ekonomi, lingkungan, dan sosial dengan baik. Adapun kewajiban-kewajiban yang harus dilaksanakan oleh *Borrower* di antaranya adalah: menyediakan dana pendamping, fasilitas, jasa dan sumber lainnya untuk kelancaran pelaksanaan proyek; mengasuransikan berbagai barang yang diperlukan proyek yang sumber pendanaannya bukan berasal dari dana pinjaman; menyediakan lahan yang diperlukan untuk pelaksanaan proyek; memelihara, mengoperasikan dan

memperbaiki fasilitas yang digunakan proyek, menjamin kemudahan bagi Lender untuk melakukan kunjungan, monitoring, dan evaluasi, dan lain sebagainya.

#### **d. Ketentuan perpajakan**

Dalam hal pinjaman tersebut maupun kegiatan yang dibiayai oleh pinjaman tersebut dikenakan pajak, maka *Guidelines* biasanya tidak melarang pembayaran pajak dengan menggunakan sumber dana dari dana pinjaman, sepanjang diatur dalam *loan agreement*.

#### **e. Interest/fees**

*Commitment charge*, yaitu biaya yang dikenakan untuk setiap nilai pinjaman yang belum ditarik (*unwithdrawn*). Sedangkan *Management fee* atau *front end fee* adalah provisi yang dibayarkan di muka sebagai jasa atas penatausahaan pinjaman oleh *lender*. Adapun untuk nominal atas *fees* tersebut biasanya akan dituangkan di *loan agreement*.

*Prepayment*, yakni pembayaran kembali pinjaman secara dini (*early repayment*) yang dilakukan oleh *borrower* kepada *lender* sebelum jatuh tempo pinjaman, dengan kompensasi *fee* tertentu yang akan ditentukan kemudian oleh *lender*.

#### **3.1.1.2. Struktur dalam loan agreement**

Dalam perjanjian pinjaman dengan *multilateral lender*, terdapat format perjanjian pinjaman individual yang diatur tersendiri yaitu *loan agreement* yang lebih banyak mengejawantahkan dan menguraikan aspek-aspek finansial dan/atau teknis dan sangat membuka kemungkinan untuk dinegosiasikan, yang meliputi:

- a. Nilai *loan*;
- b. Nilai *interest*;
- c. Nilai *commitment fee*;
- d. Nilai *management fee/front end fee*; dan
- e. Deskripsi program atau proyek yang dibiayai pinjaman.

### 3.1.2. Struktur Perjanjian Pinjaman Luar Negeri Pemerintah yang Berasal dari Commercial/Bilateral Lender

*Terms and conditions* dalam perjanjian pinjaman antara Pemerintah dengan *commercial/bilateral lender*, relatif lebih terbuka dengan membuka kran fleksibilitas pada saat negosiasi dibandingkan dengan *terms and condition* yang ditawarkan *multilateral lender*.

Terdapat dua nomenklatur umum pada perjanjian pinjaman yang dikenal dalam praktik pemberian pinjaman oleh *commercial lender* kepada *borrower*, yakni *Loan Agreement* dan *Credit Agreement*.

*Loan Agreement* digunakan sebagai nomenklatur perjanjian pinjaman apabila *lender* memberikan fasilitas pinjamannya secara regular sebagaimana bisnis utang piutang/pinjam meminjam pada umumnya. Sedangkan istilah *Credit Agreement* lebih digunakan apabila pinjaman yang diberikan *lender* termasuk dalam kerangka kredit ekspor yang dijamin oleh institusi penjamin kredit ekspor (*Export Credit Agency/ECA*).

Dalam *loan agreement* yang diusulkan oleh *commercial lender* kepada Pemerintah selaku *borrower*, pada umumnya berisi *terms and conditions* sebagai berikut:

#### 1. Definitions

*Defininitions* berisi ketentuan-ketentuan yang memuat pengertian atau definisi, singkatan atau akronim yang digunakan dalam *loan agreement*, serta hal-hal yang sifatnya umum yang berlaku bagi klausul-klausul berikutnya, antara lain ketentuan yang mencerminkan asas, maksud, dan tujuan, serta yang disebut repetitif dalam *loan agreement*.

Dalam *Defininitions* tertuang beberapa hal pokok yang biasa tercantum di dalamnya, yaitu:

- a. *Business day*, yaitu penetapan hari kalender yang dijadikan rujukan atas dilakukannya aktivitas bertransaksi berdasarkan *loan agreement*. Umumnya, dalam *loan agreement*, *business day* yang dijadikan rujukan adalah *business day* di

negara *lender*. Namun, setelah dilakukan negosiasi dengan pihak *lender*, *Business day* juga mencakup hari *kalender* di negara *borrower*.

- b. *Buyer*, yaitu penyebutan kementerian/lembaga selaku instansi pelaksana teknis (*executing agency*) dalam proyek yang dibiayai oleh dana yang bersumber dari *loan agreement*.
- e. *Contractual currency*, yaitu penentuan mengenai jenis mata uang yang akan dipakai dalam transaksi berdasarkan *loan agreement*. Sebagaimana pinjaman yang berasal dari *lender* luar negeri pada umumnya, *lender* biasa menggunakan mata uang US Dollar, EURO, atau mata uang domestik *lender* yang bersangkutan.
- d. *Contract price*, yaitu ketentuan yang memuat keseluruhan nilai dalam *purchase agreement* antara pihak pelaksana proyek (*executing agency*) dengan pihak penjual barang/jasa (*seller*).
- e. *Delivery*, yaitu ketentuan mengenai prosedur pengiriman barang/jasa dari penjual barang/jasa (*seller*) kepada pelaksana proyek (*executing agency*).
- f. *Drawdown date*, yaitu penentuan rencana definitif jadwal penarikan pinjaman yang dapat dilakukan oleh *borrower*.
- g. *Drawing*, yaitu pencantuman jumlah dana yang tersedia pada saat dilakukannya penarikan pinjaman.
- h. *Effective date*, yaitu tanggal yang disepakati oleh *lender* dan *borrower* sebagai momentum berlaku efektifnya *loan agreement*. *Effective date* biasanya terjadi setelah syarat tangguh (*conditions precedent*) telah dilengkapi dengan baik, dan telah ada notifikasi dari *lender* bahwa *loan agreement* dinyatakan berlaku.
- i. *Events of default*, yaitu keadaan-keadaan yang menyebabkan *borrower* berada dalam posisi *default*/wanprestasi atas pelaksanaan *loan agreement*.
- j. *Execution date*, yaitu tanggal dilakukannya penandatanganan *loan agreement*.
- k. *Facility amount*, yaitu memuat keseluruhan jumlah fasilitas pinjaman yang diberikan oleh *borrower* kepada *lender*.

- l. *Facility availability period*, yaitu rentang waktu penyediaan dana oleh *lender*.
- m. *Final repayment date*, yaitu tanggal terakhir pembayaran yang dilakukan *borrower* secara lengkap, baik pokok pinjaman, *interest*, dan biaya-biaya lainnya.
- n. *Interest period*, yaitu periode waktu pembayaran bunga yang dapat dilakukan oleh *borrower*.
- o. *Legal opinion*, yaitu pendapat hukum yang dikeluarkan oleh Biro Hukum-Kementerian Keuangan atau Kementerian Hukum dan HAM atau *legal counsel* yang disepakati, yang menyatakan bahwa peraturan perundang-undangan yang berlaku telah secara meyakinkan menjadi rujukan atas pelaksanaan *loan agreement*, kewenangan pejabat yang bertanda tangan dan mengeksekusi *loan agreement*, serta keabsahan/validitas dari sisi *borrower* dalam melakukan perikatan dalam *loan agreement*.
- p. Metode penarikan pinjaman, yaitu jenis dan skema penarikan pinjaman, apakah menggunakan pembayaran langsung (*direct payment*), pembukaan *letter of credit*, rekening khusus (*special account*), atau penggantian pembayaran pendahuluan (*reimbursement*).
- q. Rujukan *rating interest*, yaitu patokan yang dijadikan rujukan pengenaan bunga, apakah menggunakan basis LIBOR<sup>55</sup>, CIRR<sup>56</sup>, atau lainnya.
- r. *Purchase Contract*, yaitu perjanjian pengadaan barang/jasa yang dilakukan oleh pelaksana proyek (*executing agency*) dengan penjual barang/jasa (*seller*).

<sup>55</sup> LIBOR atau *London Interbank Offered Rate* adalah kurs referensi harian dari suku bunga yang ditawarkan dalam pemberian pinjaman tanpa jaminan oleh suatu bank kepada bank lainnya di pasar uang London ( atau pasar uang antar bank ) . LIBOR diterbitkan oleh *British Bankers Association* (BBA) setiap hari setelah jam 11:00 waktu. Kurs referensi yang dikeluarkan disamping untuk dollar Amerika (USD) juga untuk Pound Sterling. LIBOR juga merupakan referensi yang sangat berarti bagi mata uang lainnya termasuk Franc Swiss (CHF), Yen, dollar Kanada (CAD) dan the Krone Denmark.

<sup>56</sup> CIRR atau *Commercial Interest References Rates* adalah kurs suku bunga minimum yang ditentukan setiap bulannya dan berlaku untuk mayoritas negara anggota OECD (*Organization for Economic Cooperation and Development*). OECD adalah organisasi negara-negara maju yang bergerak di bidang pembangunan dan ekonomi.

- s. *Repayment date*, yaitu penetapan tanggal definitif dilakukannya pembayaran kembali oleh *borrower*.
- t. *Repayment instalment*, yaitu mekanisme angsuran pembayaran kembali pinjaman yang wajib dilakukan oleh *borrower* kepada *lender*.
- u. *Risk Premium Fee*, yaitu premi yang harus dibayarkan oleh *borrower* kepada *lender* untuk diteruskan kepada institusi penjamin (*Export Credit Agency*).
- v. *Seller*, yaitu penegasan mengenai institusi yang bertindak selaku penjual barang/jasa kepada pelaksana proyek.

## 2. Subject

*Subject* memuat esensi peran dari masing masing pihak dalam *loan agreement*, dimana *lender* berperan sebagai pihak yang setuju untuk memberikan pinjaman, sedangkan *borrower* berperan sebagai pihak yang menerima pinjaman dengan persyaratan yang ditentukan oleh *lender*.

## 3. Condition Precedent to Drawing

*Conditions Precedent to Drawing* berisi syarat-syarat yang menanggihkan pemberlakuan *loan agreement* (syarat tangguh) yang harus dipenuhi baik oleh *lender* dan *borrower* maupun menggantungkan pada kondisi-kondisi yang dilakukan oleh pihak ketiga, sebagai dasar berlaku efektifnya *loan agreement*. Secara detail *Conditions Precedent* ini akan diuraikan lebih lanjut dalam sub bab berikutnya.

## 4. Purchase Contract

Klausul *Purchase Contract* berisi independensi *Purchase Contract* yang ditandatangani pelaksana kegiatan (*executing agency*) dengan penjual barang/jasa (*seller*) terhadap *loan agreement*, atau dapat dikatakan bahwa rejim *contract* terpisah dari rejim *loan* yang ditandatangani *lender* dan *borrower*. Hal-hal yang berkenaan dengan prestasi yang dilakukan pihak-pihak dalam *Purchase Contract* berada di luar tanggung jawab *lender*, termasuk sengketa yang terjadi di antaranya. Namun demikian, apabila pelaksana kegiatan (*executing agency*) dan penjual barang/jasa



(*seller*) bermaksud melakukan perubahan atas *Purchase Contract*, terhadapnya wajib dimintakan persetujuan kepada *lender*, mengingat pada prinsipnya kegiatan yang dilakukan berdasarkan *Purchase Agreement* dibiayai dari pendanaan yang bersumber dari *lender*.

#### 5. Interest

Berisi ketentuan mengenai bunga pinjaman, dengan margin prosentase yang lazim antara 0,25% sampai dengan 1% plus LIBOR atau CIRR yang berlaku pada saat kewajiban bunga jatuh tempo untuk dibayarkan. Dalam hal terjadi kevakuman dalam penetapan LIBOR/CIRR, *lender*, memiliki hak untuk menentukan tingkat bunga pinjaman setelah sebelumnya dilakukan pembicaraan yang saling menguntungkan antara *lender* dan *borrower*.

#### 6. Repayment

Berisi ketentuan mengenai pembayaran kembali atas pokok pinjaman yang wajib dilakukan oleh *borrower* kepada *lender*, yang meliputi rentang penjadualan, mekanisme dan teknis pembayaran.

#### 7. Payments

Berisi ketentuan mengenai pembayaran yang dilakukan *borrower* kepada *lender* tepat pada waktu yang ditetapkan (*due date*) tanpa *set off* dan pembebanan biaya lain-lain selain yang ditentukan dalam *loan agreement*, serta tanpa pajak yang dikenakan dalam pembayaran tersebut. *Lender* pada intinya memastikan menerima pembayaran kewajiban dari *borrower* secara *free and clear*.

## 3.2. KLAUSUL-KLAUSUL HUKUM PERJANJIAN PINJAMAN LUAR NEGERI

### 3.2.1. Events of Default

Menurut Black's Law Dictionary *Events of Defaults* adalah: "A default means the omission or failure to perform a legal or confidential duty, or the failure to pay a debt when due."<sup>57</sup>

Sedangkan menurut UNITAR: "Events of default clause is a principal clause contained in loan agreements, which examines all covenants and gives the lender the right to: terminate the agreement and/or accelerate the loan by requiring the borrower to render all amounts due."<sup>58</sup>

Pada prinsipnya, klausul *Events of Default* memuat keadaan/kejadian yang menurut pandangan pemberi pinjaman (*Lender*) mungkin dialami oleh Pemerintah sebagai *Borrower*, yang dapat dikategorikan sebagai pelanggaran janji, yang memberi hak pada *Lender* untuk menghentikan pinjaman dan/atau mempercepat masa berlaku pinjaman dengan meminta *Borrower* menyelesaikan kewajiban yang jatuh tempo.

Maksud dicantumkannya klausula ini disebabkan karena setiap *Lender* memiliki kekhawatiran bahwa dana yang dipinjamkannya tidak kembali seperti yang diperjanjikan atau karena suatu sebab *Borrower* tidak dapat memenuhi kewajiban kontraktualnya pada saat jatuh tempo. Kondisi ini membuat *Lender* menciptakan ketentuan pengaman dengan menetapkan aturan preventif untuk meniadakan atau meminimalkan risiko dan kerugian yang mungkin timbul jika keadaan itu benar-benar terjadi. Persyaratan yang dibuat oleh *Lender* untuk kepentingan tersebut pada *Loan Agreement* umumnya dituangkan dalam klausul *Events of Default*<sup>59</sup>. Adapun contoh dari klausul *Even of Default* ini adalah:

<sup>57</sup> Herry Campbell, *op.cit.*, hal. 493.

<sup>58</sup> (UNITAR/EADB,1990:6).

<sup>59</sup> Pada pinjaman bilateral maupun komersial, pelanggaran janji umumnya diatur secara tegas pada *Loan Agreement* dalam klausul tersendiri dengan nama *Events of Default*. Sebaliknya, dalam pinjaman multilateral *events of default* tidak diatur secara langsung pada *Loan Agreement* melainkan pada *General Conditions/Loan Regulation*, dengan penamaan klausul *Cancellation, Suspension, Termination, Acceleration*, dan sebagainya.

a. Contoh Klausul Events of Default<sup>60</sup>

*12. Events of Default*

*12.1 The Facility Amount, together with accrued interest and any other sum due by the Borrower under this Agreement, shall be payable to the Lender forthwith upon first written demand to such effect without any further default notice or fulfillment of any other formality being required, upon the occurrence of any of the following events:*

*12.1.1 If the Borrower fails to pay any amount (whether of principal or interest) owed by it under this Agreement on the respective due date*

*12.1.2 If the Borrower fails to comply with or to perform, at the time and in the manner required, any obligation towards the Lender under this Agreement, or under any other credit facility granted by the Lender to the Borrower, and the Borrower fails to remedy any such failure, in the reasonable opinion of the Lender, within thirty (30) days after the occurrence thereof:*

*12.1.5 If the Supply Contract shall be terminated by either party thereto, or the Supply Contract shall become unenforceable, whether in whole or in part, for whatever reason;*

*12.2 In the case any Event of Default as is mentioned in clause 12.1 occurs, and at any time thereafter if any such event shall then be continuing, the Lender may by the Lender's written notice to the Borrower:*

b. Contoh Klausul Even of default<sup>61</sup> (Loan Agreement dengan BNP Paribas Perancis):

*14 Events of Default*

*Any one of the following events shall be an Event of Default :*

- 1. Failure by the Borrower to fulfill on due date any of its payment obligations under this Loan Agreement.*
- 2. Failure by the Borrower to carry out any of its other commitments or undertakings under this Loan Agreement.*
- 3. Any declaration, representation, warranty, written information, statement made or document given in connection with this Loan*

<sup>60</sup> *Loan Agreement between The Republic of Indonesia with Fortis Bank Singapura, dated 26 September 2008*

<sup>61</sup> *Loan Agreement between The Republic of Indonesia with BNP Paribas Perancis, dated 10 April 2007*

*Agreement by the Borrower or any other person proves to have been misleading, untrue or incorrect in any material respect when it was made or given.*

4. *Any governmental measure or decision or any other event whatsoever which might impede the performance of this Loan Agreement or of the Promissory Notes or payments thereunder, taken in the Borrower's Country or in any other country through which payments are made.*
5. *The Contract is modified or is interrupted or suspended and remains interrupted or suspended for a period of 90 days or more, or is cancelled or terminated or rescinded for any reason whatsoever, or is under any judicial or arbitration proceeding.*

*If anyone of these events occurs, the Lender may suspend any Drawing under the Loan and/ or require immediate repayment of outstanding amounts due by the Borrower, whether evidenced or not by Promissory Notes at the domicile elected below, without the need to obtain a judgement or any other formality. However, notwithstanding the above, in case of termination of the Contract for convenience of the Buyer, the Lender may decide, subject to the Borrower's request not to require immediate repayment of all amounts due by the Borrower.*

*The Borrower hereby authorises the Lender at any time after the occurrence of an Event of Default and so long as it shall be continuing :*

- (j) *to apply any loan balance standing upon any accounts of the Borrower with the Lender in any currency whatsoever in or towards satisfaction of any sum (including sums resulting from any payment of Taxes and/or expenses made by the Lender on account of the Borrower) due to the Lender hereunder, and*
- (ii) *to require that the Borrower do all such acts and execute all such documents as may be necessary or expedient for any such purpose.*

Secara umum klausul *Events of Default* berisi ketentuan-ketentuan yang menjadi kondisi yang menyebabkan *borrower* berada dalam posisi wanprestasi atau *default*, yaitu meliputi keadaan-keadaan sebagai berikut:

- a. *Borrower* tidak melakukan pembayaran yang meliputi pokok dan *interest* pada saat *due date*.
- b. *Borrower* wanprestasi berdasarkan *loan agreement* yang bersangkutan atau berdasarkan fasilitas pinjaman lain dari *lender* kepada *borrower* dan *borrower* gagal dalam melakukan tindak perbaikan yang dikuatkan oleh opini *lender*.

- c. *Borrower* gagal bayar untuk pokok pinjaman dan *interest* berdasarkan *loan agreement* lain antara *lender* dan *borrower*.
- d. Apabila janji-janji, jaminan atau pernyataan yang dikeluarkan oleh *borrower* terkait dengan *loan agreement* tidak benar dan tidak valid.
- e. Apabila *purchase contract* diterminasi atau tidak dapat dilaksanakan.
- f. Apabila terdapat suatu kebijakan yang menyebabkan terhentinya pembayaran kepada *lender*.
- g. Apabila terdapat kuasa, persetujuan, atau lain-lain *requirement* yang diubah, dicabut tanpa pembaharuan dalam waktu 30 hari.
- h. Apabila terdapat ketidakmungkinan, dan larangan hukum atas kinerja *borrower* dalam melakukan kewajibannya berdasarkan *loan agreement*.
- i. Apabila *borrower* melakukan moratorium atas pinjaman-pinjamannya baik dengan *lender* maupun pihak di luar *lender*, kecuali moratorium berdasarkan Paris Club<sup>62</sup>.

*Lender* mempunyai kepentingan yang kuat terhadap klausul *events of default* ini, karena dari setiap butir klausul yang dituangkan, semua kepentingan *Lender* terutama terkait risiko yang mungkin timbul atas nilai uang yang dipinjamkan, dapat dilindungi atau diminimalkan, serta hak-hak kontraktual yang dimilikinya dapat dilaksanakan sesegera mungkin.

Adapun apabila dalam hal *Borrower* melakukan pelanggaran janji (*default*), ketentuan pengaman tersebut dapat melindungi hak-hak dari *Lender*, antara lain untuk: menyatakan bahwa kewajiban keuangannya kepada *Borrower* terkait nilai pinjaman yang belum ditarik untuk dihentikan; Meminta pengembalian lebih awal atas keseluruhan nilai pinjaman yang telah ditarik berikut bunganya serta kewajiban keuangan *Borrower* lainnya dalam waktu yang telah ditentukan; Memaksa *Borrower* membayar bunga pada *rate* dan periode tertentu (*default interest rate*); dan apabila *commitment* pinjaman dilanjutkan, dengan posisi tawar yang lebih baik, dapat “memaksa” *Borrower* menyetujui *terms and conditions* baru.

<sup>62</sup> *Paris Club* pertama kali diselenggarakan pada tahun 2005. *Paris Club* merupakan gabungan negara-negara maju selaku kreditur yang menyetujui penghapusan utang kepada beberapa negara *borrower* yang terkena dampak gempa dan tsunami. Indonesia merupakan salah satu Negara yang diberikan moratorium tersebut.

### 3.2.2. Representation and Warranties

Klausul *Representation and Warranties* memuat pernyataan-pernyataan atau fakta berupa data dan informasi yang harus disampaikan oleh *Borrower* kepada *Lender*. Klausul ini sering disebut juga dengan *material adverse change clause*, yang berarti bahwa pihak *Borrower* menjanjikan serta menjamin semua data dan informasi yang diberikan kepada *Lender* adalah benar dan tidak diputarbalikkan.

Dalam beberapa literatur yang ada, "*Representation*" dan "*Warranty*" mempunyai pengertian yang tidak sama persis. Sebagaimana dijelaskan AGJ Berg<sup>63</sup>, keduanya didefinisikan sebagai berikut:

- a. *Representation is a pre contractual statement of fact which was made by one party to the contract to another party and which has induced the other party to enter into the contract.*
- b. *Warranty is a statement incorporated in a contract as one of its terms.*

Secara umum, perbedaan dari pengertian *representation* dan *warranties* dapat dilihat sebagai berikut:

1. *Representation* merupakan pernyataan insidental, sedangkan *warranties* merupakan janji yang dituangkan dalam suatu *terms of contract*.
2. Pada klausul *representation*, jika suatu pihak dalam perjanjian mengajukan klaim terkait dengan *misrepresentation* mengenai suatu hal yang tidak dinyatakan dalam syarat perjanjian, maka klaimnya tersebut tidak dapat diterima kecuali ia dapat menunjukkan bahwa keterkaitan "*representation*" tersebut dalam *agreement* (adanya bukti material dan menghasilkan cedera janji atau wanprestasi).

Sedangkan pada klausul *warranties*, jika suatu pihak dalam perjanjian mengajukan klaim terkait dengan pelanggaran *terms of the contract (breach of condition or warranty)* maka ia cukup dengan membuktikan adanya pernyataan palsu.

---

<sup>63</sup> AGJ Berg, *Drafting Commercial Agreements*, Butterworths - 1991

Jika dikaitkan dengan hukum perjanjian yang berlaku di Indonesia sebagaimana diatur dalam Pasal 1328 KUH Perdata, dapat dipahami bahwa pelanggaran atas kedua klausul itu yaitu *misrepresentation* ataupun *breach of warranties*, merupakan suatu alasan untuk pembatalan perjanjian karena termasuk dalam kategori penipuan. Namun demikian untuk menyatakan telah terjadi pelanggaran maka harus dibuktikan tidak bisa hanya dipersangkakan.

Adapun pencantuman klausul *Representation and Warranties* ini memiliki tujuan untuk memberikan spesifikasi mengenai fakta-fakta yang dapat dirujuk oleh *Lender* untuk menggunakan haknya berdasarkan klausul *Event of Default*, sehingga membuat *Borrower* akan dengan sangat hati-hati meneliti dan memastikan kebenaran itu selama perjanjian berlangsung.

Mengingat bahwa klausul *representation and warranties* ini merupakan sebuah data atau informasi yang harus disampaikan oleh *Borrower*, maka informasi yang disampaikan umumnya terdiri atas beberapa materi. Di beberapa pinjaman bilateral pada umumnya klausul ini secara tegas dituangkan dalam dokumen *Loan Agreement*.

Adapun materi-materi yang dimuat dalam klausul *representation and warranties* pada perjanjian bilateral pada umumnya, antara lain:

- a. *Authorization*, yakni pernyataan mengenai status *Borrower* maupun pengguna pinjaman (*executing agency*) yang secara legal berwenang untuk mengikatkan diri dalam *Loan Agreement*.
- b. *Government Consent and Actions*, yakni pernyataan mengenai kewenangan *Borrower* untuk melakukan tindakan dalam melaksanakan *Loan Agreement* termasuk masalah pembayaran.
- e. *No Contravention*, yakni pernyataan bahwa kewajiban-kewajiban yang ada dalam *Loan Agreement* tidak bertentangan dengan hukum di negara *Borrower* (*not contravene*) dan juga tidak bertentangan (*not conflict*) dengan perjanjian-perjanjian lain.

- d. *Litigation*, yakni pernyataan mengenai tidak adanya tuntutan yang akan mempengaruhi pelaksanaan *Loan Agreement* (*materially and adversely affect*) yang mengancam *Borrower*.
- e. *Binding Effect*, yakni pernyataan bahwa *Loan Agreement* mengikat secara hukum.
- f. *Taxes*, yakni pernyataan bahwa tidak adanya beban pajak selain yang telah diatur/berlaku di negara *Borrower*.
- g. *Pari passu*, yakni pernyataan bahwa *Lender* mempunyai prioritas yang sama dengan *lender* lain (*rank at least pari passu*) untuk mendapatkan pembayaran kembali pinjaman.
- h. *Commercial activity*, yakni pernyataan bahwa *Borrower* tunduk pada hukum civil dan hukum komersial (*subject to civil and commercial law*) dan setiap transaksi merupakan transaksi komersial.
- i. *Waiver of Immunity*, yakni pernyataan mengenai pelepasan kekebalan hukum.
- j. *Non Bribery*, yakni pernyataan bahwa baik *Borrower*, pengguna pinjaman (*executing agency*) dan *Supplier* termasuk pejabat dan seluruh stafnya tidak melakukan korupsi dan konspirasi yang merupakan tindakan kriminal.

Berikut ini beberapa contoh rumusan klausul *representation and warranties*:

a. Pinjaman dari *Japan Bank for International Cooperation*<sup>64</sup>

*"The Borrower is subject to civil and commercial law with respect to its obligations under this Agreement. The execution and delivery of this Agreement constitute, and the Borrower's performance of and compliance with its obligations under this Agreement will constitute, private and commercial acts, rather than governmental or public acts, done and performed for private and commercial purposes under the laws of the Borrower's Country."*

b. Pinjaman dari *Industrial Development Corporation – Afrika Selatan*<sup>65</sup>

*"The Borrower hereby irrevocably and unconditionally makes the following representations and warranties to IDC:*

<sup>64</sup> Loan Agreement between Government of the Republic of Indonesia and Japan Bank for International Cooperation, dated 31 March 2009.

<sup>65</sup> Loan Agreement between the Republic of Indonesia and Industrial Development Corporation.



*the obligations expressed to be assumed by it under this Agreement are legal and valid obligations binding on it and enforceable against it in accordance with their term."*

Adapun maksud dan tujuan dari *Lender* dari pencantuman klausul ini adalah guna memperoleh data dan informasi yang benar dari *Borrower*, serta guna memperoleh hak untuk menghentikan penyaluran pinjaman dan pemutusan pinjaman yang disertai dengan pengembalian seluruh dana yang telah ditarik oleh *Borrower* apabila pernyataan tidak benar (*misrepresentation and breach of warranties*), mendapat penggantian atau hak untuk meminta pembayaran kembali pinjaman lebih awal apabila terjadi pernyataan tidak benar, serta mendapatkan pernyataan pada setiap penarikan pinjaman (*repetition of representation*) sebagai prasyarat (*condition precedent*) untuk menyalurkan pinjaman.

Maksud dan tujuan lain dari *Lender* dengan pencantuman klausul ini adalah untuk mengetahui ketidakonsistenan dari pernyataan-pernyataan *Borrower* dengan menuntut pengulangan penyampaian pernyataan atau fakta (*repetition of representation*) dalam klausul *event of default* yang memiliki implikasi terhadap penghentian pemberian pinjaman (*termination/cancellation*).

Sedangkan posisi *Borrower* terhadap pencantuman klausul *Representation and Warranties* tersebut, adalah:

- 1) Memastikan bahwa pernyataan atau fakta yang dipersyaratkan *Lender* adalah pernyataan atau fakta yang betul-betul dapat dipenuhi.
- 2) Memastikan bahwa pernyataan atau fakta yang dibutuhkan dapat dipenuhi pada waktu yang ditentukan oleh *Lender*.
- 3) Memastikan tidak terjadi ketidakonsistenan pada setiap pernyataan atau fakta yang diulang (*repetition of representation*).
- 4) Memastikan tidak terjadi konflik atau sudah diatur dalam dengan klausul lain, misalnya *event of default*.
- 5) Menghindari adanya itikad tidak baik dari *Lender* yang menunda pencairan pinjaman akibat adanya perubahan kebijakan internal *Lender*.
- 6) Memastikan adanya waktu untuk memperbaiki pernyataan atau fakta yang tidak benar.

- 7) Menghindari adanya tuntutan *Lender* atas pemberian pernyataan atau fakta yang bukan menjadi kewenangan *Borrower*.

Adapun risiko yang mungkin dihadapi *Borrower* terhadap klausul *Representation and Warranties* ini antara lain:

- 1) Pemenuhan pernyataan yang tidak dapat dipenuhi oleh *Borrower*, seperti data-data rahasia negara.
- 2) Pembayaran pajak yang tidak sesuai dengan ketentuan yang berlaku di negara Penerima pinjaman.
- 3) Pembatalan *Loan Agreement* sebagai akibat tindakan pelanggaran pihak ketiga (*executing agency*), antara lain seperti ketidaksesuaian pelaksanaan proyek dengan tujuan awal, adanya korupsi, dan lain-lain.

### 3.2.3. Conditions of Precedent

Klausul *Conditions Precedent* memuat ketentuan mengenai persyaratan yang wajib dipenuhi oleh *Borrower* sebelum pinjaman dapat dieairkan atau sebelum *Loan Agreement* dinyatakan efektif. Persyaratan tersebut dapat berupa hal yang terkait dengan *Lender* maupun penerima pinjaman, seperti *Legal Opinion* yang tidak saja berupa dokumen yang wajib diserahkan oleh *Borrower*, namun merupakan persyaratan yang wajib disediakan oleh *Lender*. Pemenuhan semua persyaratan dalam klausul *Conditions Precedent* biasanya dibatasi dalam jangka waktu tertentu, sejak dilakukan penandatanganan *Loan Agreement*. Tata cara dan persyaratan yang wajib dipenuhi dalam hal diperlukan perpanjangan waktu pemenuhan *Condition Precedent* juga diatur pada klausul tersebut.

Keharusan pemenuhan *conditions of Precedent* oleh *Borrower* tersebut, disebabkan *Lender* mempunyai kepentingan untuk mendapat kepastian bahwa *Borrower* berwenang untuk melakukan pinjaman serta menandatangani *Loan Agreement*, selain untuk mendapatkan kepastian bahwa seluruh persyaratan baik *legal* maupun persyaratan lainnya dalam rangka pengaktifan *Loan Agreement* dapat dipenuhi oleh *Borrower* sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku

di negara *Borrower* dan juga guna mendapatkan kepastian bahwa dana yang akan dicairkan oleh *Lender* akan aman dan *legally recoverable* oleh *Borrower*

*Conditions Precedent* yang diminta *Lender* seringkali berbeda, yang ditentukan oleh bentuk subyek hukum daripada *Lender* itu sendiri. Adapun *Conditions of Precedent* pada Pinjaman Multilateral dan Bilateral, antara lain:

- a) *Legal Opinion* dari Menteri Hukum/HAM atau dari Biro Hukum Kementerian Keuangan;
- b) *Power of Attorney*;
- c) *Evidence of Authority*;
- d) *Project Management Manual*;
- e) *Land Acquisition*.

Sedangkan *Conditions Precedent* pada Pinjaman Komersial/Kredit Ekspor, antara lain:

- a) *Legal Opinion* dari Menteri Hukum/HAM atau dari Biro Hukum Kementerian Keuangan;
- b) *Power of Attorney/Evidence of Authority*;
- e) Bukti Pembayaran Uang Muka Perjanjian/Bukti Pernyataan Efektif Perjanjian;
- d) Bukti Pembukaan L/C;
- e) Bukti Pembayaran biaya-biaya (*management fee, risk premium fee*).

Sedangkan posisi *Borrower* terhadap klausul *Conditions of Precedent* adalah:

- a) Memastikan bahwa persyaratan yang diajukan oleh *Lender* tidak memberatkan maupun merugikan *Borrower*;
- b) Memastikan bahwa persyaratan yang diajukan tidak bertentangan dengan hukum di Indonesia;
- e) Memastikan seluruh persyaratan dapat dipenuhi oleh *Borrower* dalam waktu yang telah ditetapkan.

Risiko yang mungkin dihadapi *Borrower* terhadap rumusan klausul *Conditions of Precedent* adalah sebagai berikut:

Apabila *Condition of Precedent* tidak terpenuhi tepat waktu, risiko yang akan ditanggung oleh *Borrower* antara lain:

- 1) perubahan *terms and conditions* pinjaman;
- 2) pengenaan biaya tambahan;
- 3) pembatalan *Loan Agreement* karena *Borrower* dianggap tidak dapat memenuhi persyaratan yang ditetapkan.

### 3.2.4. Jurisdiction

Klausul *Jurisdiction* memuat ketentuan mengenai pilihan forum penyelesaian sengketa dalam hal terjadi sengketa antara *Borrower* dan *Lender*. Adapun fungsi ketentuan *Jurisdiction* adalah untuk menjamin kepastian hukum mengenai lembaga peradilan yang berwenang mengadili sengketa para pihak. Bieberstein menyatakan "*the effect of such a choice is to make the chosen forum the exclusive forum for litigation with regard to the agreement for which the forum was chosen.*"<sup>66</sup> Dengan terlebih dahulu para pihak menentukan forum apa yang akan menyelesaikan sengketa yang timbul, maka kepastian akan penyelesaian sengketa tersebut akan berlangsung lebih cepat. Adapun beberapa penamaan lain dalam *Loan Agreement* mengenai klausul *Jurisdiction* ini adalah *Choice of Forum; Choice of Court Settlement of Disputes; Enforcement; ataupun Choice of Jurisdiction.*

Menurut *Convention on Choice of Court Agreement 2005* ketentuan mengenai *Jurisdiction* ini memiliki beberapa asas-asas, yaitu:

- a. Merupakan lembaga penyelesaian sengketa yang dipilih sebagai yurisdiksi dalam penyelesaian sengketa.
- b. Forum yang tidak dipilih tidak memiliki yurisdiksi dan karenanya harus menolak untuk menyelesaikan perkara yang diserahkan kepadanya.
- c. Putusan badan peradilan tersebut harus diakui dan dilaksanakan di pengadilan negara anggota konvensi.

Adapun contoh klausul dari *Jurisdiction* ini

<sup>66</sup> Wolfgang Freiherr Marschall von Bieberstein, "*Limitation of Party Autonomy In Private Internasional Law by Rules of Jus Cogens in Laws Protecting Agents and Distributors*", dalam Huala Adolf, Op Cit, hal. 164.

- a. *Credit Facility Agreement* tanggal 25 November 2008 dengan *Agence Francaise De Development (AFD)*.<sup>67</sup> "Any dispute arising from or related to this Agreement shall be submitted to binding arbitration, in accordance with the Rules of Conciliation and Arbitration of the International Chamber of Commerce in effect on the starting date of the arbitration proceeding, by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules. The place of arbitration shall be Singapore".
- b. *Credit Agreement* tanggal 20 Juni 2008 dengan Bank Leumi AS:<sup>68</sup> "Any dispute arising out of or in connection with this Credit Agreement, including any question regarding its existence, validity or termination, shall be referred to and finally resolved by arbitration in Singapore in accordance with the Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre (SIAC Rules) for time being in force, which rules are deemed to be incorporated by reference in this clause".

Kedua contoh klausul di atas masing-masing mengatur mengenai pilihan yurisdiksi penyelesaian sengketa melalui arbitrase, masing-masing melalui forum *International Chamber of Commerce* dan *Singapore International Arbitration Centre*.

Posisi *Lender* terhadap klausul *Jurisdiction* ini adalah menentukan pilihan forum/yurisdiksi yang paling menguntungkan bagi dirinya, sehingga umumnya dipilih forum penyelesaian sengketa yang terdapat di negara *Lender* tersebut. Adapun untuk *Lender* tertentu, terkadang cenderung bersikukuh menggunakan lembaga pengadilan, bukan arbitrase ataupun lembaga peradilan alternatif lainnya.

### 3.2.5. Applicable Law

Klausul *Applicable Law* memuat ketentuan mengenai kesepakatan antara *Lender* dan *Borrower* untuk menentukan pilihan atas suatu sistem hukum tertentu yang dipakai dalam pelaksanaan *Loan Agreement*. Schmitthoff mendefinisikan klausul ini dengan "...a clause by which the parties submit the contract or other

<sup>67</sup> *Credit Facility Agreement with Agence Francaise De Development (AFD)* dated 25 November 2008.

<sup>68</sup> *Credit Agreement between The Republic of Indonesia and Bank Leumi AS*, dated tanggal 20 Juni 2008

*relationships of autonomous character to the law of a particular country.*"<sup>69</sup> Sedangkan Black Law Dictionary mendefinisikan sebagai "*In conflict of law, the question presented in determining what law should govern..*"<sup>70</sup> *Governing Law* dan *Choice of Law* merupakan beberapa penamaan lain dalam klausul yang memuat ketentuan mengenai *Applicable Law* ini.

Seperti halnya klausul *Jurisdiction* klausul *Applicable law* bukan merupakan prasyarat atau syarat sahnya suatu *Loan Agreement*, karena keberadaannya tidak harus ada dalam suatu *Loan Agreement*, namun bersifat fakultatif, serta tergantung kesepakatan para pihak. Akan tetapi Schmitthoff mengatakan bahwasannya suatu perjanjian internasional yang tidak terdapat pilihan hukumnya merupakan perjanjian yang cacat, dikatakannya sebagai berikut: "*..in the present state of affairs, I would consider a normal international commercial contracts as defectively drafted if it did not contain a choice of law clause and also a jurisdiction or arbitration clause.*"<sup>71</sup>

Keberadaan dari klausul *Applicable Law* merupakan hal yang cukup penting, karena akan cukup berpengaruh terhadap status perjanjian di masa depan. Adapun fungsi ketentuan dari klausul *Applicable Law* tersebut adalah:

- a. untuk menentukan hukum yang akan digunakan atau mengatur *Loan Agreement*.
- b. untuk menghindari ketidakpastian terhadap *Loan Agreement* selama pelaksanaan kewajiban-kewajiban perjanjian para pihak.
- c. sebagai sumber hukum apabila dalam *Loan Agreement* tidak mengatur tentang sesuatu hal yang memerlukan penyelesaian.

Beberapa contoh klausul dari *Applicable Law* tersebut, adalah sebagai berikut:

- a. *Credit Facility Agreement* tanggal 25 November 2008 dengan *Agence Francaise De Development (AFD)*<sup>72</sup>: "*This Agreement is governed by French law.*

<sup>69</sup> Clive M Schmitthoff, "*International Trade Law and Private International Law,*" The Netherlands: Martinus Nijhoff Publ., 1988, hal. 508-509.

<sup>70</sup> Henry Campbell, *op.cit.*, hal. 219.

<sup>71</sup> Clive M Schmitthoff, *op.cit.*, hal. 300-301.

<sup>72</sup> *Credit Facility Agreement with Agence Francaise De Development (AFD)*, dated 25 November 2008.

- b. Credit Agreement tanggal 20 Juni 2008 dengan Bank Leumi AS:<sup>73</sup> *"This Credit Agreement and all related documents shall be governed by and construed in accordance with New York law"*.

Maksud dari kedua contoh klausul tersebut di atas adalah bahwasanya masing-masing pihak menyatakan bahwa hukum negara Perancis dan Hukum negara bagian New York menjadi pilihan hukum dalam *Loan Agreement* masing-masing.

Adapun posisi *Lender* terhadap klausul ini adalah menentukan hukum yang dikuasai/dipahaminya serta sistem hukum yang dianggap paling menguntungkan bagi kepentingan pihaknya, khususnya hukum negaranya atau hukum kibat untuk negara-negara *commonwealth*, atau negara serumpun.

### 3.2.6. Process Agent

Klausul *Agent of Process* memuat ketentuan yang mengatur mengenai penunjukan agen *Borrower* dalam hal terjadi sengketa antara *Borrower* dengan *Lender*. Penunjukan *agent of process* dipersyaratkan dalam hal penyelesaian perkara ditentukan melalui forum pengadilan. Tujuannya adalah sebagai pihak yang menjadi agen *Borrower*, untuk menerima panggilan atau untuk kepentingan surat menyurat dalam kaitannya dengan domisili *Borrower* dalam penyelesaian perkara melalui pengadilan.

Black's Law Dictionary mendefinisikan *Process agent* atau *Agent for Service of Process* sebagai *"the formal delivery of a writ, summons, or other legal process."* *"Process"* itu sendiri diartikan sebagai *"a summons or writ, especially that to appear or respond in court"*. Dengan demikian *process agent* dapat disimpulkan adalah orang yang akan menghubungi *lender* atau *borrower* terkait adanya gugatan dari salah satu pihak tersebut atau dengan kata lain *process agent* merupakan perantara/media berkomunikasi dan berkorespondensi antara *lender* dengan *borrower*.

<sup>73</sup> Credit Agreement between The Republic of Indonesia and Bank Leumi AS dated tanggal 20 Juni 2008.

Dibawah ini merupakan contoh klausul Process Agent yang diambilkan dari Loan Agreement tanggal 15 Juli 2008 dengan Eximbank of Korea:<sup>74</sup>

*"The Borrower any legal action or proceeding arising out of or relating to this Agreement may be brought by the Lender in the Courts of the State of New York in the Country of New York or in the District Court of the United States for the Southern District of New York...*

*The Borrower.....appoint a person/agent in New York to receive for and on its behalf and in respect for any service of legal process, summons, notices and documents which may be served in any action or proceeding brought in the State of New York..."*

Contoh klausul di atas mengatur mengenai penunjukan seseorang/agen *Borrower* yang berada di New York untuk bertindak selaku agen dalam menerima surat, dokumen, pemanggilan, berkenaan dengan suatu perkara yang telah disepakati akan diselesaikan melalui pengadilan di negara bagian New York.

Adapun posisi *lender* terhadap klausul ini adalah untuk menentukan *Process Agent* yang mudah dijangkau dan dalam wilayah yurisdiksi pengadilan yang dipilih. Serta umumnya *Lender* menginginkan *Process Agent* melalui jalur diplomatik, yaitu kedutaan besar negara *Borrower* di negara *Lender*.<sup>75</sup>

### 3.2.7. Waiver of Immunity

Klausul *Waiver of Immunity* adalah klausul yang memuat ketentuan mengenai pelepasan hak imunitas *Borrower* yang dalam hal ini adalah juga sebuah negara yang berdaulat (*sovereign entity*). Klausul ini bukan merupakan prasyarat atau syarat sahnya suatu *Loan Agreement*, karena keberadaannya tidak harus ada dalam suatu *Loan Agreement*. Namun demikian, klausul ini menjadi sangat penting apabila terjadi *dispute* antara *Lender* dan *Borrower*. Ketentuan ini muncul sebagai konsekuensi tindakan Pemerintah Republik Indonesia selaku *Borrower* dalam ranah bisnis (*iure gestionis*), yaitu melakukan perikatan komersial berupa perjanjian utang piutang dengan *Lender*. Dalam ranah bisnis, Pemerintah Republik Indonesia selaku *Borrower*

<sup>74</sup> Loan Agreement between Republic of Indonesia and Eximbank of Korca, dated 15 Juli 2008.

<sup>75</sup> Ranc angan Pedoman negosiasi Pemcrintah Republik Indonesia.



dianggap sebagai “Subyek Hukum Perdata”, dan sebagai subyek hukum perdata tidak dikenal adanya imunitas.

Adapun kepentingan *Lender* terhadap klausul ini adalah guna memastikan bahwa *borrower* adalah pihak yang melakukan aktivitas komersial *an sich* berdasarkan *Loan Agreement*, sehingga tunduk pada hukum komersial/*privat* dan juga guna memastikan bahwa *Borrower* bukan selaku negara dengan segala potensi kedaulatan yang dimilikinya (*iure imperii*), namun merupakan pihak pelaku bisnis (*iure gestione*). Sehingga apabila terjadi *dispute/sengketa* atau *Borrower* gagal bayar/*default* atas kewajiban pembayarannya, untuk menjaga hak dan kepentingan *Lender*, terlebih dahulu *Lender* dapat mengajukan penyitaan atas aset *Borrower* (sita jaminan).

### 3.3. UPAYA-UPAYA YANG DILAKUKAN PEMERINTAH DALAM MENSIKAPI KLAUSUL-KLAUSUL HUKUM PERJANJIAN PINJAMAN LUAR NEGERI YANG TIDAK MENGUNTUNGAN PEMERINTAH SEBAGAI (PEMINJAM) BORROWER

Sebagaimana *lender-lender* pada umumnya, dapat dimaklumi bahwa *lender* memposisikan dirinya dalam kedudukan yang tidak seimbang dengan *borrower*. Istilah “mau menang sendiri” dan “memaksakan kehendak” menjadi *prototype* khas *lender* yang seolah-olah tidak bisa dihindari serta menjadi permakluman dari sisi *borrower*, bahwa kedudukan yang berutang selalu di bawah yang berpiutang. Itulah mengapa beberapa klausul dalam *loan agreement* terkesan kaku untuk dinegosiasikan. Namun paradigma ini mulai runtuh seiring dengan semakin kuatnya *bargaining* negosiator di sisi Pemerintah di depan *lender*. Beberapa *covenants* dalam *loan agreement*, baik yang bersifat *positive* dan *negative*, bukan lagi menjadi harga mati yang tidak dapat dinegosiasikan. Selain itu, beberapa kesepakatan internasional yang antara lain ditandatangani oleh negara-negara yang sering menjadi *lender* bagi Indonesia juga dapat dijadikan dasar bagi Pemerintah untuk melakukan negosiasi atas

beberapa ketentuan yang memberatkan dalam *loan agreement*, misalnya kesepakatan internasional *Paris Declaration* dan *Jakarta Commitment*.

Pemerintah selaku *borrower* perlu melakukan upaya-upaya sebagai cara berposisi dalam menanggapi ketentuan-ketentuan yang tidak menguntungkan. Adapun beberapa ketentuan-ketentuan hukum yang memungkinkan Pemerintah dalam posisi yang tidak menguntungkan, yaitu seperti *Events of Default*, *Conditions Precedent*, *Waiver of Immunity*, *Representations And Warranties*, *Process Agent*, *Applicable Law and Jurisdiction*, sebagaimana telah diuraikan di atas, akan dibahas per isu sebagai berikut:

### 3.3.1. Events of Default

Posisi Pemerintah/*Borrower* terhadap klausul *events of default* tersebut adalah mengupayakan agar sedapat mungkin pengaturan ketentuan dalam klausul *Events of Default* yang akan disetujui tidak menghambat kemudahan proses pencairan pinjaman dari *Lender*. *Borrower* juga perlu untuk memastikan agar jadwal dan ketentuan pengembalian pinjaman tidak memberatkan pihak *Borrower* sehingga pemenuhannya dapat dilakukan sebagaimana yang diperjanjikan.

Selain itu, *Borrower* juga harus menghindari pencantuman klausul *Events of Default* yang terlalu luas, tidak relevan, memiliki *wording* yang mengandung *subjectivity*, dan pemenuhannya tidak dapat diantisipasi dengan baik oleh *Borrower* (*unpredictable*), sehingga dalam hal ini *Borrower* dapat memberikan batasan ruang lingkup pengaturan *default* hanya atas pelanggaran yang dilakukan oleh *Borrower* untuk memenuhi kewajiban-kewajiban utama tertentu, yang dituangkan dalam *Loan Agreement* berkenaan.

Mengingat klausul *Events of Default* berkaitan erat dengan pemenuhan atas kewajiban/persyaratan yang dituangkan dalam klausul lain yang hampir tidak terbatas, maka *Borrower* perlu memastikan pula agar tidak terdapat potensi pelanggaran janji pada semua *drafting* klausul-klausul lain dalam *Loan Agreement*; dan menolak rumusan klausul yang mengarah pada *judgement default* atas pelanggaran yang nyata-nyata bukan merupakan kewenangan *Borrower*. Selain itu,

*Borrower* juga sedapat mungkin menghindarkan atau seminimal mungkin mengurangi potensi bahaya yang ditimbulkan oleh rumusan klausul *Events of Default* yang mengandung pengaturan tentang pelanggaran janji silang (*Cross Default*).

Klausul *Events of Default* merupakan klausul yang memiliki cakupan dan *link* antarklausul yang sangat luas. Oleh karenanya, sebelum melakukan penelaahan atau menegosiasikan klausul ini, terlebih dahulu perlu dilakukan pengujian kembali atas semua klausul-klausul terkait lainnya dalam *draft Loan Agreement* berkenaan untuk memastikan apakah setiap butir ketentuan yang dirujuk oleh klausul ini sudah mengakomodasi kepentingan *Borrower*. Dengan asumsi bahwa semua klausul lain berkenaan dengan *default* telah dirumuskan dengan benar dan mengakomodasi kepentingan *Borrower*, negosiasi dapat diarahkan untuk mengupayakan pilihan-pilihan sebagai berikut:

- a. Klausul *Events of Default* hanya mengatur kewajiban *Borrower* dan sanksi atas pelanggaran janjinya. Meski akan sulit, perlu dipertimbangkan untuk meminta *Lender* menuangkan pula kewajiban dan sanksi atas pelanggaran janjinya<sup>76</sup>;
- b. Meminta *Lender* untuk tidak mencantumkan klausul *Events of Default* yang memiliki cakupan yang terlalu luas, tidak relevan, memiliki *wording* yang mengandung *subjectivity*, *unpredictable*, serta meliputi pelanggaran janji pada ruang lingkup perjanjian lain atau yang menjadi kewenangan pihak lain;
- c. Menghindarkan rumusan klausul yang mengakibatkan terjadinya *default* secara langsung untuk meminimalkan terjadinya *default* yang tidak perlu dengan meminta *prior written notice*;
- d. Meminta *grace period* dalam kurun waktu yang cukup untuk melakukan *remedy* (idealnya 30-60 hari);
- e. Membatasi *default* hanya pada kewajiban utama *Borrower* saja (*principal and interest*);
- f. Mengupayakan agar *Lender* hanya memberikan sanksi yang proporsional dengan pelanggarannya;
- g. Memastikan tidak dicantumkannya klausul *Cross Default*;

<sup>76</sup> UNITAR/EADB, 1990:7.

Adapun rumusan klausul yang dapat diusulkan untuk mengakomodir opsi terbaik di atas adalah:

(Dimodifikasi dari *Loan Agreement* dengan *Fortis Bank* Singapura tanggal 26 September 2008).

## **12. Events of Default**

12.1 *The Facility Amount, ~~together whether with~~ of principal or accrued interest and any other sum due by the Borrower under this Agreement, shall be payable to the Lender forthwith upon first written demand to such effect ~~without~~ with any further default notice or fulfillment of any other formality being required, upon the occurrence of any of the following events:*

12.1.1 *If the Borrower fails to pay any amount (whether of principal or interest) owed by it under this Agreement on the respective due date*

12.1.2 *If the Borrower fails to comply with or to perform, at the time and in the manner required, any obligation towards the Lender under this Agreement, ~~or under any other credit facility granted by the Lender to the Borrower~~, and the Borrower fails to remedy any such failure, in the reasonable opinion of the Lender, within thirty sixty (30 60) days after the occurrence thereof:*

.....

12.1.5 *If the Supply Contract shall be terminated by either party thereto, or the Supply Contract shall become unenforceable, whether in whole or in part, for whatever reason;*

12.2 *In the case any Event of Default as is mentioned in clause 12.1 occurs, and at any time thereafter if any such event shall then be continuing for the period of sixty (60) days, the Lender may by the Lender's written notice to the Borrower:*

.....

12.3 *If the Lender fails to comply with or to perform, at the time and in the manner required, any obligation towards the Borrower under this*

*Agreement, and the Lender fails to remedy any such failure, within sixty (60) days after the occurrence thereof:*

.....

Mengenai contoh rumusan klausul usulan tersebut dapat dijelaskan sebagai berikut:

- a. Meski pengimplementasiannya bisa sangat sulit, pemberian sanksi atas pelanggaran janji yang dilakukan oleh *Lender*, sudah diakomodasi pada butir 12.3;
- b. Cakupan klausul *Events of Default* sudah cukup sempit, relevan, tidak terdapat *subjective words, predictable*, serta tidak meliputi pelanggaran janji pada ruang lingkup perjanjian lain atau yang menjadi kewenangan pihak lain;
- c. *Judgement default* tidak secara langsung dijatuhkan sehingga terjadinya *default* yang tidak perlu (misalnya berkenaan dengan kealpaan membayar) telah dapat dimimalisasi dengan adanya *prior written notice* dari *Lender*;
- d. Terdapat *grace period* yang sangat cukup (60 hari) untuk melakukan *remedy* dan terdapat *written demand* sebelum semua kewajiban keuangan harus dipenuhi;
- e. Telah ada upaya untuk mempersempit ruang lingkup *default* dengan membatasi cakupan kewajiban yang harus dibayar hanya pada kewajiban keuangan utama *Borrower (principal dan interest)* saja;
- f. Sanksi yang diberikan tidak terlalu berat dan proporsional dengan pelanggarannya;
- g. Pengaturan tentang pelanggaran janji silang (*Cross Default*) yang ada sudah dikeluarkan dari klausul.

### 3.3.2. Representation and Warranties

Mengingat bahwa klausul-klausul *Representation and Warranties* dikaitkan dengan klausul *event of default*, maka risiko ketidak hati-hatian dalam negosiasi adalah terjadinya *default* (wanprestasi). Konsekuensi dari wanprestasi tercermin dalam klausul *event of default*, antara lain:

- a. Penghentian pencairan pinjaman (*suspend any disbursement*) dan pemutusan pinjaman (*cancelled/terminate*).
- b. Pengembalian seluruh dana yang telah ditarik oleh *Borrower* (*acceleration*) termasuk bunga, *commitment charge* dan *fee-fee* lainnya apabila diketahui ada pernyataan tidak benar (*misrepresentation and breach of warranties*).

Beberapa contoh penerapan klausul *representation and warranties* lainnya:

**Contoh 1. Exim Bank of Korea<sup>77</sup>**

*Section 9.9 Information*

*All information provided by the Borrower to the Lender before the date of this Agreement:*

- (i) *were true in all material respect as of the date thereof;*
- (ii) *did not omit any information which, if disclosed, might materially and adversely affect the decision of a person considering whether to enter into this Agreement; and*
- (iii) *As at the date of this Agreement, nothing has occurred since such information was provided to the Lender which renders the information contained in it untrue or misleading in any material respect and which, if disclosed, might materially and adversely affect the decision of a person considering whether to enter into this Agreement.*

Maksud klausul ini adalah seluruh informasi yang disampaikan oleh *Borrower* harus benar, tidak menghilangkan informasi yang mempengaruhi pelaksanaan pinjaman ini (*materially and adversely affect*).

Kelemahan klausul ini adalah ketidakjelasan informasi yang mana saja yang harus dipenuhi oleh Penerima pinjaman yang memungkinkan *Lender* mencari alasan untuk meminta informasi yang mungkin tidak dapat di-*disclose* oleh *Borrower*, serta siapa yang menentukan informasi apa saja yang perlu untuk di-*disclose*.

Opsi terbaik yang dapat dilakukan Pemerintah/*Borrower* terhadap rumusan klausul di atas adalah dengan meminta tambahan penjelasan bahwa informasi yang

<sup>77</sup> Loan Agreement between Republic of Indonesia and Eximbank of Korea, dated 15 Juli 2008.

diperlukan oleh *Lender* adalah informasi yang secara hukum yang berlaku di negara *Borrower* diperbolehkan untuk di-*disclose*.

Opsi kompromi yang dapat diusulkan Pemerintah apabila rumusan opsi terbaik tersebut sulit diterima *Lender* adalah dengan menentukan jenis informasi yang diperlukan oleh Pemberi pinjaman dan merupakan informasi yang terkait secara langsung dengan proyek yang bersangkutan.

Contoh 2. JBIC – Jepang<sup>78</sup>

*(Non Bribery)*

*(a) None of the Borrower, PLN, the Supplier, or any of the directors, officers, employees, representatives or agent thereof has done any of the following (which, if committed, would be a criminal offence): (i) commit, or attempt or conspire to commit, a Bribery, or (II) aid, abet or authorize a Bribery by any other Person, in relation to any Approved Contract to which the Borrower, PLN or the Supplier is a party.*

*(b) None of the Borrower, PLN, or any of the directors, officers, employees, representatives or agent thereof has done any of the following (which, if committed, would be a criminal offence): request, receive, accept, or attempt to receive or accept any undue pecuniary or other advantage offered, given or promised by any Person as a Bribery in relation to any Approved Contract to which the Borrower, or PLN is a party*

Maksud daripada klausul ini bahwa baik pihak *Borrower*, *Executing Agency* (PLN) dan *Supplier* tidak boleh melakukan suap atau berkonspirasi terkait dengan perjanjian pengadaan.

Sedangkan kelemahan dari rumusan klausul ini adalah tidak memposisikan kedudukan yang berimbang antara para pihak, dimana *Lender* merupakan pihak yang memberikan *approval* atas perjanjian pengadaan dan Pengadaan perjanjian tidak melibatkan *Borrower* tetapi antara *Executing Agency* dan kontraktor.

<sup>78</sup> Loan Agreement between Government of the Republic of Indonesia and Japan Bank for International C ooperation, dated 31 March 2009.

Opsi terbaik yang dapat dilakukan Pemerintah adalah menegosiasikan adanya klausul lainnya yang menyatakan bahwa tindakan suap atau persekongkolan juga tidak dilakukan oleh *Lender*.

Sedangkan opsi kompromi yang dapat dilakukan Pemerintah/*Borrower* adalah tidak mencantumkan keberadaan *Borrower* karena proses tender hingga penandatanganan perjanjian antara *executing agency* dan kontraktor tidak melibatkan *Borrower*.

### 3.2.3. Condition of Precedent

Adapun beberapa hal yang dapat negosiasi yang dapat dilakukan oleh Pemerintah/*Borrower* kepada *Lender* antara lain sebagai berikut:

- a) *Fees* (management fee, risk mitigation fee) tidak dijadikan *Condition of Precedent* tetapi dibayarkan sebelum disbursement pertama; dan
- b) Batas waktu pemenuhan *Condition of Precedent* disesuaikan dengan waktu yang dibutuhkan.

Dalam pemenuhan *conditions precedent* ini, kadang-kadang terdapat beberapa posisi yang dipersyaratkan oleh *lender* yang cenderung sulit untuk dijangkau oleh *borrower* dalam pemenuhannya.

Beberapa pengalaman menunjukkan misalnya dalam *loan agreement* dengan beberapa *lender* dari Spanyol misalnya, mereka menghendaki *conditions precedent* yang sulit dilakukan oleh Pemerintah, seperti misalnya menghendaki *translation* atas semua dokumen terkait dengan *loan agreement* dalam bahasa Inggris. Hal ini sebenarnya merupakan hal yang dapat dilakukan, namun memerlukan energi tinggi dan waktu yang lama untuk mencapainya, mengingat dokumen-dokumen yang diperlukan tidak saja hanya dipenuhi oleh satu instansi saja, melainkan beberapa instansi dengan varian yang beragam dan jumlahnya pun banyak. Apabila persyaratan tersebut dipenuhi, tentu saja memerlukan waktu yang lama yang berakibat pada *enforcement* yang tertunda. Ini tentu akan menimbulkan potensi *cost* yang banyak, khususnya *commitment fee* yang tidak sedikit, mengingat pengenaan beban ini telah disandang *borrower* setelah dilakukan penandatanganan *loan agreement*.



Untuk itu, diupayakan agar kondisi-kondisi yang tertuang dalam *conditions precedent* tetap dalam jangkauan yang rasional dan mudah untuk dipenuhi. Peran negosiator lagi-lagi menjadi kunci yang penting.

#### **3.2.4. Jurisdiction and applicable law**

Adapun posisi Pemerintah Republik Indonesia selaku *Borrower* terhadap klausul Jurisdiction ini adalah menentukan forum penyelesaian sengketa yang memiliki risiko paling minimalis, misalnya dilakukan metode negosiasi, ataupun bila metode negosiasi tidak menemukan jalan keluar dapat digunakan metode mediasi terlebih dahulu sebelum diambil penyelesaian sengketa di badan Arbitrase ataupun pengadilan. Pertimbangan lain yang dapat digunakan Pemerintah adalah memastikan sistem yuridiksi pengadilan yang akan digunakan merupakan sistem yang dipahami oleh Pemerintah serta memastikan bahwa tempat forum pengadilan tersebut berada dalam jangkauan yang tidak berisiko *cost*/biaya yang tinggi. Menggunakan metode arbitrase dengan merujuk pada ketentuan Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI) atau Arbitrase dengan sistem yang netral, dengan lokasi forum terdekat, juga merupakan opsi yang patut dipertimbangkan oleh Pemerintah untuk mengakomodir kedua hal terakhir di atas.

Sedangkan terhadap klausul *Applicable Law*, *Borrower* dapat mengupayakan untuk mengusulkan sistem hukum yang paling dikuasai dan dipahami serta memilih sistem hukum yang paling menguntungkan kepentingan Pemerintah Republik Indonesia, dengan pilihan ideal sistem hukum Indonesia sebagai negara *Borrower*.

#### **3.2.5. Process Agent**

Sedangkan terhadap *Borrower* secara *factual* bukan merupakan permasalahan bagi *Borrower* untuk siapapun yang menjadi *Process Agent*. Namun demikian, pihak Kementerian Luar Negeri melalui suratnya yang telah disampaikan kepada Kementerian Keuangan (vide surat Menteri Luar Negeri kepada Menteri Keuangan Nomor 162/EK/VIII/2003/62/01 tanggal 28 Agustus 2003) tidak berkenan apabila pihak kedutaan besarnya di negara *lender* ditunjuk sebagai *process agent* mengingat

adanya kekhawatiran atas status *process agent*<sup>79</sup> tersebut sebagai pihak yang akan dilibatkan dalam proses hukum dalam hal terjadi dispute antara *lender* dan *borrower*. Sehubungan dengan hal tersebut Kementerian Keuangan telah melakukan kesepakatan dengan Bank Indonesia untuk menunjuk perwakilan Bank Indonesia di negara *lender* sebagai *process agent* (*vide* Nota Kepakatan 22 september 2004).

Penunjukan *process agent* ini berpotensi berlarut-larut apabila di negara *lender* tidak terdapat Kantor Perwakilan Bank Indonesia. Tidak semua pihak akan bersedia untuk ditunjuk sebagai *process agent*. Contoh konkritnya adalah Kementerian Luar Negeri sebagaimana disampaikan di atas.

Untuk itu perlu diupayakan agar penunjukan *process agent* ini dilakukan pada saat terjadi proses litigasi saja yang *nota bene* kecil sekali kemungkinannya terjadinya. Hal tersebut lebih elegan dilakukan daripada *borrower* berlarut-larut melakukan '*seeking the subject*' sebagai *process agent* yang berpotensi menghambat *enforcement* dari *loan agreement*.<sup>80</sup>

### 3.2.6. Waiver of Immunity

Kepentingan *Lender* untuk mencantumkan klausul ini dalam Loan Agreement dalam rangka melakukan sita jaminan atas aset-aset Borrower dalam hal terjadi gagal bayar. Hal tersebut berseberangan dengan asas hukum publik yang melekat pada *sovereign entity*. Demikian halnya peraturan perundang-undangan domestik yang berlaku, khususnya Undang-Undang Nomor 1 Tahun 2004 tentang Perbendaharaan Negara, Pasal 50 menyatakan dengan tegas larangan penyitaan atas aset-aset negara<sup>81</sup>. Namun sebagaimana disebutkan sebelumnya, kedudukan Pemerintah sebagai *borrower* diposisikan sebagai pelaku perjanjian komersial belaka, maka menjadi logis apabila Pemerintah wajib melepaskan hak imunitasnya.

Risiko atas diterimanya ketentuan ini adalah manakala Pemerintah selaku *borrower* berada dalam situasi *default* atau gagal melakukan pemenuhan prestasinya

<sup>79</sup> Black's 7th ed, hal.. 1372. dan hal.. 1222.

<sup>80</sup> Rancangan Pedoman negosiasi Pemerintah Republik Indonesia.

<sup>81</sup> Lihat selengkapnya bunyi Pasal 50 Undang-Undang tersebut.

sebagai *borrower*, maka *lender* dapat bertindak aktif dengan melakukan langkah respresif berupa penyitaan aset yang dimiliki *borrower*. Tentu ini menjadi mimpi buruk yang dialami Pemerintah yang dampaknya tidak hanya dirasakan para pelaku negosiasi, namun juga seluruh rakyat Indonesia.

Dalam kondisi keterpaksaan ini, tentu menyadarkan Pemerintah bahwa posisinya setiap saat dapat berada dalam keadaan bahaya. Untuk itu perlu diantisipasi dengan menempatkan posisi yang aman pada saat negosiasi *loan agreement*. Cara yang paling tepat adalah dengan melakukan pembatasan atas isu *waiver of immunity*. Pembatasan tersebut merujuk pada kesepakatan dalam Konvensi Wina 1961 dan 1963. Pembatasan tersebut antara lain dengan tidak mengikutsertakan beberapa item aset di bawah ini sebagai pengecualian:

- Aset-aset diplomatik (sesuai Konvensi Wina 1961);
- Aset-aset konsuler (sesuai Konvensi Wina 1963);
- Aset-aset militer;
- Aset-aset publik; dan
- Aset-aset yang berada di wilayah Republik Indonesia.

Diberikan pembatasan atas rumusan klausul *Waiver of Immunity* dengan mencantumkan kalimat "*to the fullest extent permitted by law and regulation of the Republic of Indonesia*" dan mencantumkan rumusan *Vienna Convention on Diplomatic Relations 1961* dan *Vienna Convention on Consular Relations 1963*, serta imunitas atas *military property* dan aset negara non komersial.

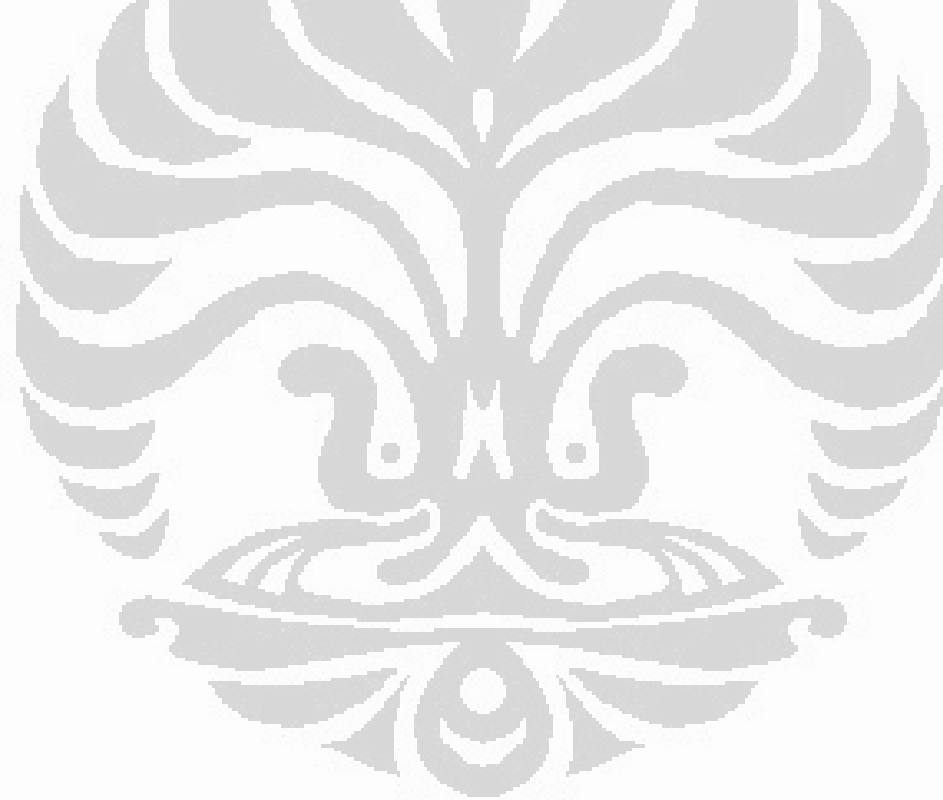
Contoh:

*The Borrower hereby irrevocably agrees not to claim and hereby irrevocably waives any such immunity subject to provisions of the laws of the aforementioned jurisdiction and the Republic of Indonesia to the fullest extent permitted by the laws of the Republic of Indonesia.*

*Notwithstanding anything to the contrary in this clause, it is understood and agreed that the waiver of immunity hereunder shall not apply to the property and assets (i) of present or future premises of the mission as defined in the Vienna Convention on Diplomatic Relations signed on April 18, 1961, (ii) of*

*consular premises defined in the Vienna Convention on Consular Relations signed on 1963, (iii) solely used for government purposes by the RoI, (iv) representing military property or assets of the RoI, and (not used for commercial activities).*

Dengan pembatasan ini, maka bagi borrower akan tercipta situasi ideal dimana aset-aset *borrower* yang selayaknya mendapat prioritas perlindungan, masih dalam kondisi aman. Jadi hanya aset-aset komersial saja yang dapat dieksekusi melalui penyitaan. Hal ini juga tetap memberikan *comfortable treatment* bagi *lender*, yang tetap mendapat jaminan atas prestasi *borrower* kepada *lender*.



## BAB IV PENUTUP

### 4.1. KESIMPULAN

Perjanjian pinjaman luar negeri sangat sulit untuk dapat dikatakan sebagai perjanjian yang masuk dalam ruang lingkup hukum publik atau hukum privat semata, karena perjanjian pinjaman luar negeri merupakan perjanjian yang mempunyai sisi hukum publik maupun hukum privat sekaligus.

Adapun sisi hukum publik dalam perjanjian pinjaman luar negeri yang dibuat pemerintah, antara lain adalah:

1. Dari sisi subyek hukum, perjanjian pinjaman luar negeri merupakan perjanjian yang dilakukan oleh negara yang merupakan subyek hukum internasional;
2. Perjanjian pinjaman luar negeri yang dibuat Pemerintah dengan organisasi-organisasi multilateral umumnya merupakan perjanjian yang diatur dengan hukum internasional; dan
3. Perjanjian pinjaman luar negeri merupakan perjanjian yang dapat mempunyai implikasi secara luas terhadap masyarakat, dikarenakan secara langsung maupun tidak langsung utang yang dibuat pemerintah akan menjadi tanggungan masyarakat.

Sedangkan sisi hukum privat dalam perjanjian pinjaman luar negeri, antara lain adalah:

1. Perjanjian pinjam meminjam merupakan bagian dari hukum perjanjian yang berada dalam kategori hukum privat; dan
2. Pada umumnya perjanjian pinjaman luar negeri yang dibuat pemerintah dengan badan hukum/perusahaan asing menggunakan hukum nasional (umumnya hukum nasional *Lender*) sebagai *governing law*, dimana Pemerintah dalam hal ini bertindak sebagai institusi perdata (*ius gestiones*) dengan mengesampingkan imunitas sebagai negara yang dimilikinya.

Karena terdapatnya baik sisi-sisi hukum publik dan hukum privat dalam perjanjian pinjaman luar negeri, karena itu secara umum perjanjian pinjaman luar negeri dapat dikatakan sebagai perjanjian privat yang mempunyai dimensi publik.

Dengan berubahnya sistem penganggaran APBN dari anggaran berimbang/dinamis menjadi anggaran defisit, secara prinsip Pemerintah RI masih sangat mengandalkan pinjaman luar negeri sebagai basis pembiayaan pembangunannya. Namun demikian, Pemerintah hendaknya tidak hanya memandang pinjaman luar negeri sebagai suatu fasilitas saja, tapi juga sebagai suatu risiko. Dengan mempertimbangkan adanya risiko tersebut, maka Pemerintah tidak hanya memandang pinjaman luar negeri dari sudut besar pinjaman yang diberikan, namun yang tak kalah penting adalah persyaratan apa saja yang ada dibalik pinjaman tersebut, dan hal itu tertuang dalam dokumen perjanjian pinjaman luar negeri antara Pemerintah dengan pihak *lender*.

Perjanjian pinjaman luar negeri atau seringkali disebut '*loan agreement*' adalah dokumen penting yang menjadi dasar pinjaman Pemerintah RI kepada *lender*. Dokumen tersebut ditandatangani oleh pihak *lender* dengan Pemerintah RI c.q. Menteri Keuangan sesuai kewenangannya berdasarkan Pasal 8 Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2003 tentang Keuangan Negara. Dengan ditandatanganinya dokumen perjanjian pinjaman luar negeri tersebut, bergulirlah isu ketaatan kedua belah pihak atas komitmen pembiayaan berjenis pinjaman ini.

Anatomi perjanjian pinjaman luar negeri Pemerintah dapat dibedakan antara format perjanjian yang ditawarkan oleh *multilateral lender* dan format yang ditawarkan oleh *commercial/bilateral lender*.

Untuk perjanjian pinjaman dengan *multilateral lender* lazimnya mengacu pada pedoman baku (*guidelines*) yang merupakan rujukan umum untuk seluruh perjanjian pinjaman yang dibuat antara lembaga *multilateral* yang bersangkutan selaku *lender* dengan *borrower*-nya. Dengan karakteristik seperti ini, negosiasi dengan *multilateral lender* hanya terpaku pada improvisasi kedua belah pihak dalam menanggapi isu pasar yang ada. Selebihnya, terutama *legal benchmark*, telah menjadi harga pas yang tidak dapat ditawar-tawar lagi.

Sedangkan untuk perjanjian pinjaman yang dilakukan dengan *commercial/bilateral lender, terms and conditions* dalam perjanjian pinjaman dimaksud relatif lebih terbuka dan lebih *negotiable* dibandingkan dengan *agreement* yang dilakukan dengan *multilateral lender*.

Secara umum, dalam perjanjian pinjaman luar negeri Pemerintah terdapat dua aspek yang pasti termuat di dalamnya, yaitu aspek *financial* dan aspek *legal*. Kedua aspek dimaksud memiliki peranan yang sama penting dalam proses tawar menawar/negosiasi antara Pemerintah dengan pihak *lender*. Pemerintah tetap perlu lebih berhati-hati dalam menyikapi aspek hukum dalam perjanjian pinjaman dimaksud. Beberapa ketentuan yang kental memuat isu hukum dalam perjanjian pinjaman luar negeri Pemerintah sebagaimana telah dipaparkan dalam pembahasan pada bab sebelumnya adalah:

- a. *Events of Default*;
- b. *Representations and Warranties*;
- c. *Conditions Precedent*;
- d. *Applicable Law*;
- e. *Jurisdiction*;
- f. *Process Agent*; dan
- g. *Waiver of Immunity*.

Terhadap klausul *Events of Default*, Pemerintah sebagai peminjam/*borrower* harus memastikan bahwa rumusan klausul yang dicantumkan merupakan rumusan yang relevan untuk dipenuhi oleh pemerintah dan pemenuhan hal-hal yang dicantumkan dalam klausul ini merupakan sesuatu yang dapat diantisipasi dengan seksama oleh pemerintah. Semakin tegas dan jelas rumusan dari klausul *events of default* ini, maka akan membuat posisi pemerintah semakin baik. Pemerintah juga harus mengupayakan agar pengaturan ketentuan dalam klausul ini tidak akan menghambat kemudahan proses pencairan pinjaman dari pemberi pinjaman. Selain itu, pemerintah perlu memastikan agar jadwal dan ketentuan pengembalian pinjaman

yang dipersyaratkan tidak memberatkan, sehingga pemenuhannya dapat dilakukan pemerintah sebagaimana yang diperjanjikan.

Sedangkan untuk klausul *representation and warranties* pemerintah harus mengupayakan agar pernyataan atau fakta yang dipersyaratkan *Lender* betul-betul dapat dipenuhi oleh pemerintah, baik dari sisi materil-nya ataupun dari sisi waktu. Pemerintah pun harus memastikan terhadap klausul ini bahwa tidak akan ada tuntutan dari pemberi pinjaman atas pemberian pernyataan atau fakta yang bukan menjadi kewenangan pemerintah sebagai peminjam.

Sedangkan untuk klausul *condition of precedent*, pemerintah sedapat mungkin harus mengupayakan agar segala hal yang berkaitan dengan *fees*/pembayaran tidak dijadikan sebagai syarat efektifnya pinjaman atau *condition of precedent*. Pemenuhan hal-hal lain yang diminta oleh *Lender* pun harus diperhatikan dengan seksama oleh pemerintah, agar dari segi waktu dan tata cara pemenuhan persyaratan yang diminta pemberi pinjaman tidak terlalu menyulitkan pemerintah. Selain itu, pemerintah harus juga memastikan bahwa persyaratan yang diajukan tidak bertentangan dengan hukum di Indonesia

Adapun untuk klausul *jurisdiction*, pemerintah hendaknya mengupayakan proses-proses lain sebelum diadakannya proses penyelesaian sengketa melalui pengadilan atau arbitrase. Dalam hal ini, pemerintah harus mengupayakan agar sebelum proses penyelesaian sengketa diajukan melalui forum pengadilan, untuk dapat dilakukan upaya negosiasi antara kedua belah pihak, dan bilamana negosiasi belum dapat menyelesaikan permasalahan dapat melalui proses mediasi. Sedangkan untuk pemilihan tempat penyelesaian sengketa, pemerintah harus mengupayakan agar tempat penyelesaian sengketa yang digunakan merupakan tempat penyelesaian yang netral, dalam hal ini arbitrase dapat dijadikan pilihan.

Sedangkan untuk klausul *applicable law*, pemerintah harus mengupayakan agar dapat semaksimal mungkin ketentuan tentang pilihan hukum yang digunakan merupakan hukum yang paling dikuasai dan dipahami oleh pemerintah.

Adapun mengenai klausul *waiver of immunity*, pemerintah hendaknya harus memperhatikan dengan seksama rumusan yang terdapat dalam klausul tersebut.



Pemerintah harus mengupayakan rumusan klausul yang secara tegas menyatakan bahwa seluruh aset pemerintah tidak dapat disita. Namun demikian, bila hal ini dirasa sulit pemerintah dapat mengupayakan agar terdapat pembatasan untuk tidak menyita aset negara yang merupakan aset-aset diplomatik, konsuler, militer, dan aset yang tidak digunakan untuk kepentingan komersil.

#### 4.2. SARAN

Tim Delegasi Republik Indonesia yang akan melakukan negosiasi perjanjian pinjaman luar negeri harus mampu memahami ketentuan-ketentuan yang terdapat di dalam *Loan agreement*, karena itu pemahaman terhadap berbagai sumber dan berbagai ketentuan dalam hukum internasional maupun kemampuan dalam melakukan negosiasi merupakan suatu yang harus dimiliki oleh Tim Delegasi RI. Adapun mengenai terdapatnya ketentuan-ketentuan yang merugikan dalam *General Condition /Loan Regulations* Tim Delegasi RI dapat melakukan *modification* atas *General Condition /Loan Regulations* tersebut di dalam *Loan Agreement*.

Apabila Pemerintah RI selaku *borrower* bertindak pasif dengan menerima begitu saja *draft* perjanjian pinjaman yang ditawarkan oleh *lender*, maka dipastikan Pemerintah RI dalam keadaan yang membahayakan, mengingat banyak sekali *legal terms* yang berisiko dan berpotensi berdampak luas terhadap keberlangsungan kehidupan berbangsa dan bernegara.

Untuk itu perlu dilakukan penyamaan persepsi di kalangan pelaku negosiasi untuk berposisi dalam perundingan antara Pemerintah dengan *lender* guna mendapatkan hasil negosiasi yang menguntungkan Pemerintah, dengan hasil yang paling kurang beresultansi *win-win solution*.

Peran negosiator mempunyai *strategic value* dalam menentukan posisi Pemerintah RI selaku *borrower*, untuk menutup kemungkinan terjadinya potensi kerawanan posisi yang dapat merugikan negara secara keseluruhan. Untuk itu diperlukan negosiator yang cakap dan memiliki pemahaman hukum di atas rata-rata.

Khusus untuk *arrangement* yang dilakukan dengan *multilateral lender*, mengingat banyaknya *legal terms* yang tidak mungkin lagi dinegosiasikan, perlu

diupayakan *lobby* oleh pejabat penentu kebijakan untuk mengusulkan kepada manajemen lembaga multilateral tersebut guna mengubah *guidelines* yang berpotensi merugikan Pemerintah RI.

Selain itu, pada kasus-kasus tertentu, manakala terjadi negosiasi yang berlarut-larut serta tidak menghasilkan titik temu yang memuaskan kedua pihak, maka perlu dilakukan pembicaraan bilateral antara Pemerintah RI dengan Pemerintah negara *lender*, seperti halnya pernah dilakukan dengan Pemerintah Spanyol.



## DAFTAR PUSTAKA

- Atiyah, P.S.** *"An Introduction To The Law Of Contract,"* Oxford: Clarendon Press, 1984.
- Berg, AGJ.** *Drafting Commercial Agreements,* Butterworths – 1991.
- Bermann, George A.** *"Contracts Between State and Foreign Nationals: A Reassessment,"* New York: Mathew Bender, 1981.
- Bierly, J.L.** *"The Law of Nations,"* London:Oxford, 1972.
- Bieberstein, Wolfgang Freiherr Marschall von.** *"Limitation of Party Autonomy In Private Internastional Law by Rules of Jus Cogens in Laws Protecting Agents and Distributors,"* in: Hans Smit et.al. (eds.), *International Contracts,* New York: Matthew Bender, 1981.
- Campbell, Henry.** *"Black's Law Dictionary,"* St.Paul Minn:West Published, 5<sup>th</sup> edition, 1949.
- DEA, Marsuki.** *Pentingnya UU Utang Luar Negeri dari Sisi Ekonomi dan Keuangan,* makalah disampaikan dalam seminar *proceeding* UU Pinjaman Luar Negeri, Makasar 11 November 2009.
- Direktorat Perjanjian Ekonomi, Sosial dan, Budaya, Kementerian Luar Negeri.** *Perjanjian Internasional Dalam Teori dan Praktek di Indonesia, Kompilasi Permasalahan,* Kementerian Luar Negeri, 2006.
- Fuady, Munir.** *"Hukum Perjanjian,"* Citra Aditya Bakti,Bandung, 2007.
- Gautama, Sudargo.** *"Perjanjian Dagang Internasional,"* Bandung: Alumni, 1976.
- Hartono, Sunaryati.** *Hukum yang Berlaku Bagi Pinjaman Luar Negeri antara Pemerintah RI dan Bank Asing, Bank Internasional ataupun Pemerintah Lain atau Konsorsium Internasional, Proceeding Roundtable Discussion tentang Pinjaman Luar Negeri Pemerintah, Upaya Meningkatkan Efektifitas Perjanjian Pinjaman,* Bank Indonesia, 2004.
- Honka, Honnu.** *"Harmonization Of Contract Law Through International Trade: A Nordic Perspective,"* 1996.
- Juwana, Hikmahanto.** *Beberapa Aspek Hukum Perjanjian Luer Negeri Pemerintah. Proceeding Roundtable Discussion tentang Pinjaman Luar Negeri Pemerintah, Upaya Meningkatkan Efektifitas Perjanjian Pinjaman.* Bank

Prawiro, Radius. *Dilema Utang Luar Negeri di Masa Orde Baru, dalam Era Baru Kebijakan Fiskal, Pemikiran, Konsep, dan Implementasi, Anggito Abimanyu dan Andie Megantara*, Badan Kebijakan Fiskal, Kementerian Keuangan, 2009.

**Kementerian Negara Perencanaan Pembangunan Nasional/Badan Perencanaan Pembangunan Nasional**, *Pedoman Negosiasi Perjanjian Pinjaman Luar Negeri*, Badan Perencanaan Pembangunan Nasional, 2007.

**Kusumaatmadja, Mochtar.** *"Pengantar Hukum Internasional,"* Bandung, Binacipta, 1981.

**Oppenheim, L.** *International Law (a Treaties)*, 7<sup>th</sup> Edition. Vol 1, Peace, Longmans, Green and Co, 1948.

**Pound, Roscoe.** *"An Introduction to the Philosophy of Law,"* New Haven: Yale UP, 1954.

**Sehmitthoff, M. Clive.** *"International Trade Law and Private International Law,"* The Netherlands: Martinus Nijhoff Publ., 1988.

\_\_\_\_\_, *"Commercial Law in Changing Economic Climate,"* London: Sweet and Maxwell, 1981

**Soekanto, Soerjono.** *"Tata Cara Penyusunan Karya Ilmiah di Bidang Hukum,"* (Jakarta : Ghalia Indonesia, 1982).

**Starke, J.G.** *"Introduction to International Law,"* London: Butterworths, ed.9, 1984.

**Subekti,** *Hukum Perjanjian*, Jakarta: Intermasa, eet.VI, 1979.

**Suraputra, Didik.** *"Aspek-Aspek Hukum Internasional Dari Pinjaman Luar Negeri,"* Laporan Tim Pengkajian Hukum Tahun 1991-1992 Tentang Aspek Hukum Perjanjian Pinjaman Luar Negeri. Kementerian Kehakiman, Badan Pembinaan Hukum Nasional.

**Sunggoro, Bambang.** *Metodologi Peneliitan Hukum*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2003.

**Waluyanto, Rahmat.** *"Pengelolaan Utang Pemerintah, Surat Utang Negara, Surat Berharga Syariah Negara, dan Pinjaman Luar Negeri, dalam Era Baru Kebijakan Fiskal, Pemikiran, Konsep, dan Implementasi,"* Anggito Abimanyu dan Andie Megantara, Badan Kebijakan Fiskal, Kementerian Keuangan, 2009.