

BAB 4

MENEMUKAN ASAS KEADILAN DAN KEPASTIAN HUKUM DALAM *ENERGY SALES CONTRACT* (PERJANJIAN JUAL BELI ENERGI) ANTARA PT. PERUSAHAAN LISTRIK NEGARA (PERSERO) DAN PENJUAL PADA PROYEK PUSAT LISTRIK PANAS BUMI (*GEOTHERMAL POWER PLANT*).

4.1 ASAS KEADILAN DAN KEPASTIAN HUKUM

Satjipto Rahardjo dalam bukunya yang berjudul "*Ilmu Hukum*" menyatakan bahwa asas hukum merupakan jantungnya peraturan hukum dan landasan paling luas serta alasan bagi terlaksananya peraturan hukum.⁸¹ Subekti di bukunya yang berjudul "*Hukum Perjanjian*" menyebutkan bahwa hukum itu selalu mengejar dua tujuan, yaitu menjamin kepastian (ketertiban) dan memenuhi tuntutan keadilan. Kalau Pasal 1338 ayat (1) Kitab Undang-Undang Hukum Perdata dapat dipandang sebagai suatu syarat atau tuntutan kepastian hukum (janji itu mengikat), maka Pasal 1338 ayat (3) Kitab Undang-Undang Hukum Perdata harus dipandang sebagai suatu tuntutan keadilan.⁸²

Mochtar Kusumaatmadja dalam bukunya yang berjudul "*Konsep-Konsep Hukum dalam Pembangunan*" menyatakan bahwa di samping ketertiban, tujuan lain dari hukum adalah tercapainya keadilan yang berbeda-beda isi dan ukurannya menurut masyarakat dan zamannya. Untuk mencapai ketertiban dalam masyarakat ini diperlukan adanya kepastian dalam pergaulan antar manusia dalam masyarakat.⁸³ Pernyataan bahwa ukuran keadilan itu berbeda antara satu zaman dengan zaman yang lain dan antara satu tempat dengan tempat yang lain juga telah disampaikan oleh Aristoteles dalam "*Nicomachean Ethics*".⁸⁴ Sesuatu yang

⁸¹ Satjipto Rahardjo, *Ilmu Hukum*, Citra Aditya Bakti, 1986

⁸² Subekti, *Hukum Perjanjian*, Penerbit Intermasa, Jakarta 2001

⁸³ Mochtar Kusumaatmadja, *Konsep-Konsep Hukum Dalam Pembangunan*, Pusat Studi Wawasan Nusantara, Hukum dan Pembangunan dan Penerbit PT Alumni, Bandung 2002

⁸⁴ D. Llyod dan Freeman, "*Natural Law: Introduction to Jurisprudence*", dalam Filsafat Hukum Jilid I, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2008: *The things which are just by virtue of*

adil bagi seseorang individu (misalnya penggugat) yang dimenangkan perkara perdatanya oleh hakim belum tentu dianggap adil oleh individu lainnya (dalam hal ini, tergugat), sehingga suatu produk peradilan berupa keputusan atas suatu perkara akan disikapi dan dipandang dengan sikap yang berbeda-beda tergantung kepentingan dan harapan atas keadilan versi seseorang atas sesuatu.

Dalam buku *Legal Theory* yang dikarang oleh W. Friedmann, Aristoteles memberikan rumusan keadilan (dalam filsafat hukum) dengan membedakan keadilan menjadi keadilan “distributif” dan keadilan “korektif” yang merupakan dasar bagi semua pembahasan teoritis terhadap pokok persoalan. Keadilan “distributif” mengacu pada pembagian barang dan jasa kepada setiap orang dengan kedudukannya dalam masyarakat, dan perlakuan yang sama dan sederajat di hadapan hukum (*equality before the law*).⁸⁵ Keadilan jenis ini menitikberatkan pada kenyataan fundamental dan selalu benar, meskipun selalu dikesampingkan oleh hasrat filsuf hukum untuk membuktikan kebenaran pendirian politiknya sehingga cita keadilan secara teoritis tidak dapat memiliki isi tertentu sekaligus. Keadilan tersebut untuk hukum positif untuk menjelaskan siapa-siapa yang sederajat dalam hukum, diperlukan prinsip-prinsip etika tertentu.⁸⁶ Keadilan “Korektif”, pada dasarnya merupakan ukuran teknis dan prinsip-prinsip yang mengatur penerapan hukum. Dalam mengatur relasi-relasi hukum harus ditemukan standar yang umum untuk memperbaiki pelakunya dan tujuan dari perilaku-perilaku dan objek-objek tersebut harus diukur melalui satu ukuran yang objektif. Hukuman harus memperbaiki kejahatan, ganti rugi harus memulihkan keuntungan yang tidak sah.⁸⁷

John Rawls dalam “*A Theory of Justice*” memberikan definisi tentang keadilan sebagai berikut: (i) maksimalisasi kebebasan, hanya tunduk pada pembatasan

convention and expediency are like measures; for wine and corn measures are not everywhere equal, but larger in wholesale and smaller in retail markets. Similarly, the things which are just not by nature but by human enactment are not the same, though there is but one which is everywhere by nature, the best.

⁸⁵ Aristoteles, dikutip dari W. Friedmann, *Legal Theory*, New York: Columbia University dalam Khudzaifah Dimiyati, *Teorisi Hukum-Studi Tentang Perkembangan Pemikiran Hukum di Indonesia 1945-1990*, Penerbit Universitas Muhammadiyah Surakarta 2004

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ Ibid.

yang penting bagi kebebasan itu sendiri, (ii) kesetaraan bagi semua, keduanya dalam kebebasan dasar untuk kehidupan sosial dan juga distribusi berbagai bentuk dari barang-barang sosial, dengan pengecualian bahwa perbedaan dibolehkan jika orang tersebut memberikan keuntungan yang terbesar kepada masyarakat yang kurang beruntung dalam skema ketidaksetaraan (prinsip perbedaan) dan (iii) kesempatan yang setara dan adil dan penghapusan perbedaan karena keturunan atau kekayaan.⁸⁸

Dalam menerapkan prinsip-prinsip di atas, prioritas diberikan berdasarkan urutan-urutan tersebut di atas, yaitu prinsip kebebasan mendahului prinsip kesetaraan kesempatan, demikian pula prinsip kesetaraan mendahului prinsip perbedaan. Prioritas ini berarti bahwa dalam menerapkan suatu prinsip diasumsikan bahwa prinsip-prinsip sebelumnya telah dipenuhi. Di sini yang dicari adalah prinsip distribusi (dalam arti sempit) yang bertahan dalam latar belakang suatu institusi yang menjamin kebebasan dasar yang sama (termasuk nilai yang layak dari kebebasan politik) maupun kesetaraan kesempatan yang layak (*fair*).⁸⁹

John Rawls dalam bukunya *Justice is Fairness* menampilkan konsepsi keadilan adalah kewajaran, yang mengandung asas-asas bahwa orang-orang yang merdeka dan rasional yang berkehendak untuk mengembangkan kepentingan-kepentingannya hendaknya memperoleh kedudukan yang sama pada saat akan memulainya dan itu merupakan syarat yang fundamental bagi mereka untuk memasuki masyarakat yang mereka kehendaki.⁹⁰ Lebih jauh, John Rawls mengatakan bahwa persoalan pokok tentang arti keadilan adalah mengkaitkannya dengan pertanyaan-pertanyaan seperti ‘apa yang menjadikan masyarakat adil?’

⁸⁸ John Rawls "A Theory of Justice", dalam Filsafat Hukum Jilid I, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2008: "The conception of justice which Rawls argues for demands: (i) the maximisation of liberty, subject only to such constraints as are essential for the protection of liberty itself; (ii) equality for all, both in the basic liberties of social life and also in the distribution of all other forms of social goods, subject only to the exception that inequalities may be permitted if they produce the greatest possible benefit for those least well off in given scheme of inequality ("the difference principle"); (iii) "fair equality of opportunity" and the elimination of all inequalities of opportunity based on birth or wealth.

⁸⁹ Ibid

⁹⁰ Ibid. "Free and rational persons concerned to further their own interests would accept in an initial position of equality as defining the terms of their association".

dan ‘bagaimana keadilan sosial dihubungkan dengan upaya individu mencari kehidupan yang baik?’

Keadilan adalah apa yang hendak dituju dengan atau melalui hukum. Pengertian keadilan yang luas ini dapat dikembangkan ke mana pun. Pengertian ini mengandung muatan yang luas. Hipotesis yang menempatkan keadilan sebagai tujuan hukum adalah berguna, satu dan lain hal akan bergantung pada cara bagaimana kita memahami keadilan.⁹¹

Kepastian hukum merupakan salah satu hal yang sering disandingkan dengan keadilan dan bahkan dalam beberapa hal dipertentangkan dengan keadilan sehingga seolah-olah jika ada keadilan maka sulit untuk mendapatkan kepastian hukum dan begitu juga sebaliknya. Padahal, Thomas Aquinas pernah mengatakan, walaupun tidak secara lugas bahwa hukum yang tidak adil bukanlah hukum (*lex injusta non est lex*)⁹², sehingga keadilan adalah suatu prasyarat suatu aturan hukum dapat dikategorikan sebagai hukum.

Dalam pengusahaan panas bumi, aturan hukum yang mengatur yaitu Undang-Undang No. 27 tahun 2003 tentang Panas Bumi dalam Pasal 2 menyebutkan mengenai asas-asas dalam penyelenggaraan pengusahaan panas bumi yaitu: “*Penyelenggaraan kegiatan pertambangan Panas Bumi menganut asas manfaat, efisiensi, keadilan, kebersamaan, optimasi ekonomis dalam pemanfaatan sumber daya, keterjangkauan, berkelanjutan, percaya dan mengandalkan pada kemampuan sendiri, keamanan dan keselamatan, kelestarian fungsi lingkungan hidup, serta kepastian hukum*”. Namun demikian Penjelasan Pasal 2 hanya menyebutkan “Cukup” dan tidak menyebutkan penjelasan lebih

⁹¹ J.H. Nieuwenhuis, *Drie Beginselen van Contractenrecht*, disertasi, dalam Herlien Budiono, *Asas Keseimbangan bagi Hukum Perjanjian Indonesia-Hukum Perjanjian Berlandaskan Asas-Asas Wigati Indonesia*, Citra Aditya Bakti, Bandung 2006.

⁹² J.M. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, dalam Filsafat Hukum Jilid I, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2008: “...when he says that an unjust law is not law in the focal sense of the term law [i.e., simpliciter] notwithstanding that it is law in a secondary sense of that term [i.e., secundum quid]”.

lengkap perihal asas-asas yang tercantum dalam Pasal 2 Undang-Undang No. 27 tahun 2003 tentang Panas Bumi.⁹³

Pengertian tentang keadilan dan kepastian hukum yang diambil dari Undang-Undang ditemukan dalam buku karangan Salim HS yaitu "*Hukum Pertambangan Indonesia*", dimana Salim HS mencoba memberikan pengertian atas asas-asas keadilan dan kepastian hukum yang terkandung dalam Pasal 2 Undang-Undang No. 22 tahun 2002 tentang Minyak dan Gas Bumi sebagai berikut: "*Asas Keadilan adalah suatu asas di dalam penyelenggaraan pertambangan minyak dan gas bumi, dimana dalam penyelenggaraan kegiatan itu harus memberikan peluang kepada dan kesempatan yang sama kepada semua warga negara sesuai dengan kemampuannya sehingga dapat meningkatkan kemampuan seluruh masyarakat. Oleh karena itu, di dalam pemberian izin usaha hilir dan kontrak kerja sama, harus dicegah terjadi praktik monopoli, monopsoni, oligopoli, dan oligopsoni*".

Lebih lanjut, dalam buku yang sama, Salim HS, SH., MS memberikan pengertian atas asas kepastian hukum sebagai berikut: "*Asas kepastian hukum merupakan asas di dalam penyelenggaraan pertambangan minyak dan gas bumi, dimana di dalam penyelenggaraan usaha minyak dan gas bumi mampu menjamin kepastian hak-hak dan kewajiban para pihak yang mengadakan kontrak kerja sama atau yang menerima izin usaha hilir*".⁹⁴ Dalam buku ini Salim HS memahami keadilan sebagai pemberian peluang dan kesempatan yang sama bagi warga negara. Sementara itu kepastian hukum diartikan sebagai adanya kepastian hak-hak dan kewajiban para pihak.

Sudikno Mertokusumo menyatakan bahwa melalui penegakan hukum, hukum menjadi kenyataan. Dalam menegakkan hukum ada tiga unsur yang selalu

⁹³ Undang-undang No. 27 tahun 2003 tentang Panas Bumi , Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2003 nomor 115, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia No. 4327

⁹⁴ Salim HS, SH, MS dalam *Hukum Pertambangan Indonesia*, PT RajaGrafindo Persada, Jakarta 2008

harus diperhatikan dan menjadi syarat, yaitu kepastian hukum (*rechtssicherheit*), kemanfaatan (*zweckmassigkeit*) dan keadilan (*gerechtigkei*).⁹⁵

Dari pernyataan tersebut di atas, kepastian hukum merupakan salah satu syarat yang harus dipenuhi dalam penegakan hukum, yaitu merupakan yustisiabel terhadap tindakan sewenang-wenang, yang berarti bahwa seseorang akan dapat memperoleh sesuatu yang diharapkan dalam keadaan tertentu.⁹⁶

Meskipun bernama pasti, kepastian hukum sendiri mengandung pengertian yang tidak pasti.⁹⁷ Konsep kepastian hukum mencakup sejumlah aspek yang saling mengkait. Salah satu aspek dari kepastian hukum ialah perlindungan yang diberikan pada individu terhadap kesewenang-wenangan individu lainnya, hakim, dan administrasi (pemerintah)⁹⁸. Adalah kepercayaan akan kepastian hukum yang seharusnya dapat dikaitkan individu berkenaan dengan apa yang dapat diharapkan individu akan dilakukan penguasa, termasuk juga kepercayaan akan konsistensi putusan-putusan hakim atau administrasi (pemerintah). Sedangkan aspek lainnya dari konsep kepastian hukum ialah fakta bahwa seorang individu harus dapat menilai akibat-akibat dari perbuatannya, baik akibat dari tindakan maupun kelalaian. Aspek ini dari kepastian hukum memberikan jaminan bagi dapat diduganya serta terpenuhinya perjanjian dan dapat dituntutnya pertanggungjawaban atas pemenuhan perjanjian.⁹⁹

Penerapan asas keadilan dan kepastian hukum merupakan penerapan asas hukum sebagai jantungnya peraturan hukum dan landasan yang paling luas serta alasan bagi terlaksananya peraturan hukum.¹⁰⁰ Aturan hukum memiliki aspek kepastian hukum dan juga harus memnuhi kebutuhan akan keadilan. Ihwalnya

⁹⁵ Sudikno Mertokusumo, *Bab-Bab Tentang Penemuan Hukum*, PT Cira Aditya Bakti, Bandung 1993

⁹⁶ A. Madjedi Hasan, *Kontrak Minyak dan Gas Bumi Berazas Keadilan dan Kepastian Hukum*, Jakarta: Fikahati Aneska 2009.

⁹⁷ I.H. Hijmans, dalam *Het recht der werkelijkheid*, dalam Herlien Budiono, *Asas Keseimbangan bagi Hukum Perjanjian Indonesia-Hukum Perjanjian Berlandaskan Asas-Asas Wigati Indonesia*, Citra Aditya Bakti, Bandung 2006.

⁹⁸ Ibid, hal 208.

⁹⁹ Ibid, hal 208

¹⁰⁰ A. Madjedi Hasan, *Kontrak Minyak dan Gas Bumi Berazas Keadilan dan Kepastian Hukum*, Jakarta: Fikahati Aneska 2009.

ialah bukan hanya perlakuan yang sama terhadap kasus serupa yang patut dianggap adil; penyamaan secara mutlak justru dapat memunculkan ketidakadilan. Keadilan tidak boleh diartikan formal belaka, karena jika demikian, perlakuan serupa (terhadap kasus serupa) niscaya dianggap perlakuan yang adil.¹⁰¹ Hal ini digambarkan dengan baik oleh M.J.A. van Mourik dalam *Huwelijksvermogensrecht*, dimana seorang laki-laki dan perempuan sepakat untuk menikah dan sebelumnya melakukan perjanjian pemisahan (seluruh) harta kekayaan mereka masing-masing. Sang istri kemudian membantu sang suami yang usahanya semakin pesat. Namun pernikahan mereka memburuk dan berakhir dengan perceraian. Perjanjian perkawinan di atas telah memberikan bukti sempurna tentang pemisahan harta. Harta suami dan istri akan kembali kepada pemiliknya masing-masing, dan karena perusahaan suami adalah milik suami sejak awal, maka seluruh harta perusahaan akan kembali kepada suami. Di lain pihak, si istri yang selama pernikahan telah membantu sang suami tentu tidak diuntungkan dengan ketentuan ini. Masalahnya di sini adalah pertimbangan antara kepastian hukum bagi suami berhadapan dengan keadilan bagi istri.¹⁰²

Sebagaimana diketahui, ada tiga cita hukum (*rechts idee*) yang selalu didambakan oleh setiap individu. Ketiga cita hukum tersebut adalah keadilan (*justice*), kepastian hukum (*legal certainty*) dan manfaat (*expediency*).¹⁰³ Cita hukum pertama yang didambakan, yakni keadilan, tidak dapat lepas dari filsafat tentang manusia dan lebih jauh lagi berhubungan dengan falsafah hidup yang mutlak, yaitu gagasan mengenai apa yang menjadi dasar bagi keadilan itu bertolak dari nilai-nilai tertentu yang layak untuk dijadikan dasar.¹⁰⁴

Sebagai suatu pemikiran dasar, cita hukum adalah suatu hal yang bersifat abstrak yang berasal dari paham masyarakat akan hukum beserta konsep keadilan yang terkandung di dalamnya. Cita hukum adalah suatu *a priori* yang sifatnya normatif dan konstitutif yang menjadi dasar dalam pembentukan hukum yang

¹⁰¹ Herlien Budiono, Op. Cit.

¹⁰² Ibid, halaman 210-211

¹⁰³ A. Madjedi Hasan, Op. Cit.

¹⁰⁴ Satjipto Rahardjo, Op.Cit.

mendahului asas hukum. Cita hukum memiliki nilai intrinsik sedangkan nilai dalam asas hukum adalah nilai instrumental, yaitu nilai untuk mewujudkan nilai intrinsik dan dengan hubungan yang heuristik, maka fungsi cita hukum menuju keadilan mendapatkan kesamaan dengan asas hukum yang hendak mewujudkan keadilan. Tanpa cita hukum, segenap norma hukum kehilangan makna sebagai hukum dan karenanya cita hukum juga merupakan tolok ukur regulatif dalam menilai adil atau tidak suatu hukum positif (Radburgh).¹⁰⁵

Konsep keadilan dalam hukum bisnis dapat dibedakan ke dalam konsep procedural dan konsep substantif/ Konsep procedural berkenaan dengan sistem hukum, sementara konsep substantif berkenaan dengan kondisi sosial. Hubungan antara kedua konsep tersebut tergantung pada pilihan legitimasi prinsip-prinsip yang melandasi kesepakatan bersama atau bagi konsep keadilan dengan cara menetapkan suatu pola nilai sebagai landasan bagi kriterium materiil.¹⁰⁶

Beranjak dari uraian di atas, dapat disimpulkan bahwa elemen keadilan yang merupakan tujuan hukum itu mengandung arti *impartiality* (sikap tak memihak) yang kelanjutannya melahirkan gagasan *equality* (persamaan) yang mempunyai arti menyerupai kewajaran menurut nilai moral. Membawa ke arah perlakuan yang sama kemudian akan menimbulkan permasalahan mengenai dari sudut mana keadilan pertama-tama harus dipandang sama dan dipandang tidak sama.¹⁰⁷ Menurut John Rawls, untuk menguji tingka keadilan dari prestasi yang dipertukarkan, strategi yang dipergunakan adalah berdasarkan prosedur tolok ukur itu ditetapkan. Jika prosedur tersebut berupa perjanjian, maka prestasi yang ditetapkan dapat dikatakan adil karena prestasi tersebut telah disepakati oleh para pihak atau keadilan hanya menetapkan hubungan dan bukan jenis dari perlakuan.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Ibid.

¹⁰⁶ A. Madjedi Hasan, Op. Cit.

¹⁰⁷ Ibid

¹⁰⁸ Ibid

Definisi atas kepastian hukum tidak secara tegas dicantumkan dalam hukum pokok maupun dalam peraturan perundang-undangan, namun diandalkan telah diterima oleh hukum yang bersangkutan.¹⁰⁹ Salah satu upaya memberikan definisi kepastian hukum telah dilakukan dalam Undang-Undang Nomor 25 tahun 2007 tentang Penanaman Modal dimana di dalam penjelasan Pasal 2 disebutkan bahwa yang dimaksud dengan asas kepastian hukum adalah asas dalam negara hukum yang meletakkan hukum dan ketentuan peraturan perundang-undangan sebagai dasar dalam setiap kebijakan dan tindakan dalam bidang penanaman modal.¹¹⁰

Selain sulit dirumuskan, ketidakpastian hukum itu juga sulit untuk diprediksi, yaitu bagaimana hukum dapat diaplikasikan apabila dilihat dengan perspektif ke depan (*ex ante*) dan bagaimana pengadilan memutuskan apabila dilihat dengan perspektif ke belakang (*ex post*).¹¹¹

Herlien Budiono mengatakan bahwa kepastian hukum merupakan ciri yang tidak dapat dipisahkan dari hukum, terutama untuk norma hukum tertulis. Hukum tanpa nilai kepastian akan kehilangan makna karena tidak dapat dijadikan sebagai pedoman perilaku bagi semua orang. Apeldoorn mengatakan bahwa kepastian hukum memiliki dua segi yaitu dapat ditentukannya hukum dalam hal yang konkret dan keamanan hukum. Hal ini berarti pihak yang mencari keadilan ingin mengetahui apa yang menjadi hukum dalam suatu hal tertentu sebelum ia memulai perkara dan perlindungan bagi para pihak dalam kesewenangan hakim.¹¹²

Karena aturan-aturan hukum di dalam bidang hukum privat terutama ditujukan untuk mengatur hubungan antar warga satu sama lain, maka menjadi sangat penting bagi jaminan kepastian hukum, bagaimana aturan-aturan tersebut selanjutnya diuraikan dan dikembangkan. Ketentuan bahwa hakim berhadapan

¹⁰⁹ Satjipto Rahardjo, Op.Cit.

¹¹⁰ Herlien Budiono, Op. Cit.

¹¹¹ A. Madjedi Hasan, Op. Cit.

¹¹² Ibid.

dengan kasus serupa harus menghasilkan pertimbangan dan putusan serupa adalah sesuai dengan maksud dan tujuan keterdugaan dari perbuatan hukum dalam konteks pemikiran kepastian hukum.¹¹³

Apakah kepastian hukum betul pasti dan memadai bagi para pihak dalam suatu perjanjian? Hal ini dipertanyakan mengingat bahwa satu ancaman terhadap kepastian ialah "perilaku tak terduga dari sesama manusia (*het toekomstig gedrag van zijn medemens*)", demikian dikatakan Nieuwenhuis.¹¹⁴ Kepastian hukum tidak selalu menghasilkan keadilan. Sebab itu pula tidak berguna untuk mendiskusikan kepastian hukum dalam bentuk "pro-kontra". Kepastian hukum mungkin saja berguna untuk memastikan seberapa jauh bobot yang dapat diberikan terhadap kepastian hukum dalam kasus tertentu, sebagaimana diperlawankan terhadap pertimbangan-pertimbangan lain yang melemahkan bobot atau nilai kepastian hukum. Dari ragam kasus hanya dipastikan bahwa seberapa bobot yang akan diberikan terhadap kepastian hukum hanya ditetapkan kasus per kasus. Bobot argumentasi untuk kepastian hukum dalam kasus yang berbeda satu sama lain akan beragam sesuai dengan ukuran yang pada gilirannya akan berubah-ubah sesuai waktu dan tempat terjadinya kasus tersebut sebagaimana akan muncul dan dipertimbangkan di dalam putusan pengadilan yang terkait. Argumen-argumen yuridis yang berbeda-beda akan dipergunakan atau ragam metode penemuan hukum akan diterapkan, agar disamping kepastian hukum, putusan akhir pengadilan juga akan dilandaskan pada pertimbangan akan keadilan.¹¹⁵

Penafsiran mengenai kepastian hukum atau aturan hukum sangat beragam dan tergantung dari budaya hukum dan ajaran hukum yang dianut. Definisi dan lingkup penerapan kepastian hukum adalah kontroversial. Juha Ratio mengatakan bahwa aspek formal dari kepastian hukum mengacu pada persyaratan yang menghilangkan pemilihan dengan sembarangan dari kegiatan pembuatan keputusan hukum yang terjalin dengan konsep dapat diramalkan (*predictability*).

¹¹³ Ibid

¹¹⁴ ibid

¹¹⁵ ibid

Mengandalkan pada kepastian hukum formal, prinsip hukum dan aturan hukum sering kali berkaitan dengan upaya melindungi kepentingan masyarakat.¹¹⁶

Aspek substantif dari kepastian hukum pada gilirannya memerlukan satu hal, yaitu penyelesaian dalam membuat putusan hukum harus benar substansinya dan harus dapat diterima. Namun prinsip kepastian hukum ini sering kali diartikan sebagai berkaitan dengan konsep bahwa putusan hukum itu dapat diramalkan.

4.2 ASAS KEADILAN DAN KEPASTIAN HUKUM DALAM PERJANJIAN JUAL BELI ENERGI REZIM LAMA DAN REZIM BARU

Mengingat potensi panas bumi di Indonesia merupakan yang terbesar di dunia¹¹⁷ dan sebagai bagian dari masyarakat internasional, Indonesia sejak akhir dekade 60an merupakan negara yang menjadi tujuan investor asing untuk menanamkan modalnya. Konsekuensi dari kedudukan Indonesia sebagai tujuan investasi asing adalah pihak-pihak yang terkait di Indonesia baik pemerintah, perusahaan milik negara atau swasta akan melakukan hubungan hukum dengan pihak asing, terlebih untuk kegiatan di bidang yang memerlukan modal yang sangat besar seperti dalam bidang panas bumi, minyak dan gas bumi serta lainnya pihak asing akan meminta diberikannya ikatan hukum yang kuat untuk melindungi investasi mereka dan memastikan investasi yang mereka lakukan akan dapat memberikan pengembalian (*return*) sesuai dengan yang mereka harapkan.¹¹⁸ Tanpa kepastian hukum, tidak akan ada investor asing yang akan mau menanamkan modalnya di Indonesia karena modal yang mereka tanamkan akan menjadi tidak pasti pengembaliannya.

¹¹⁶ A. Madjedi Hasan, DR. Ir. MPE, MH, *Kontrak Minyak dan Gas Bumi Berazas Keadilan dan Kepastian Hukum*, Jakarta: Fikahati Aneska 2009.

¹¹⁷ Sussman, David dan Tucker, Robert. *Managing the Geothermal Exploration Process with Respect to Risk and Regulations*, makalah dalam Indonesia Geothermal Conference July 22-23, 2009, Bali

¹¹⁸ A. Madjedi Hasan, Op. Cit.

Salah satu bentuk paling umum yang dilakukan oleh pihak-pihak yang terlibat dalam investasi adalah (setelah pemenuhan aspek administratif dan prosedural) pihak investor dan lawan pihaknya masuk dalam perjanjian yang merupakan dasar dari pengembalian investasi mereka.¹¹⁹ Penanaman modal asing di negara-negara berkembang cenderung menimbulkan ketegangan-ketegangan politik, yang merupakan produk dari masing-masing persepsi, yakni dari investor dan negara tuan rumah. Perbedaan persepsi ini disebabkan oleh ketidakseimbangan dalam posisi tawar menawar, baik dalam bidang ekonomi maupun politik.¹²⁰

Dalam kontrak internasional dimana salah satu pihak adalah asing, kepastian hukum dapat dirumuskan oleh hukum yang berlaku (hukum nasional atau internasional) atau oleh cara penyelesaian sengketa yang dipilih para pihak, apakah arbitrase atau pengadilan tertentu.¹²¹ Dalam Perjanjian Jual Beli Energi baik Rezim Lama maupun Rezim Baru, penyelesaian sengketa yang dipilih adalah melalui forum arbitrase apabila jalur perundingan damai tidak berhasil memberikan penyelesaian

Dalam dunia perusahaan panas bumi sebelum tahun 2003, perjanjian yang menjadi dasar pengembalian investasi para investor adalah Perjanjian Operasi Bersama (*Joint Operation Contract*) dan Perjanjian Jual Beli Energi Rezim Lama dengan Pertamina, PLN dan Penjual sebagai pihak dalam perjanjian (perjanjian tripartit).

Sementara itu, perjanjian yang menjadi pengikat hubungan investor dengan pihak Indonesia sejak dikeluarkannya Undang-Undang No. 27 tahun 2003 tentang Panas Bumi adalah Perjanjian Jual Beli Energi Rezim Baru tanpa adanya keterlibatan Pertamina dalam skema perjanjian para Pihak sehingga pihak yang terlibat dalam perusahaan panas bumi adalah PLN dan Penjual (perjanjian bipartit).

¹¹⁹ Ibid

¹²⁰ Ibid.

¹²¹ Ibid

Dalam Perjanjian Jual Beli Energi Rezim Lama, asas keadilan dan kepastian hukum diatur dalam bentuk adanya tanggungjawab Penjual terhadap dua pihak lawan janjinya, yaitu Pertamina dan PLN. Sementara itu dalam Perjanjian Jual Beli Energi Rezim Baru, Penjual hanya berhadapan dengan PLN sebagai pihak pembeli energi.

Berikut ini adalah asas-asas keadilan dan kepastian hukum yang penulis temukan termaktub dalam Perjanjian Jual Beli Energi, baik Rezim Lama maupun Rezim Baru. Penulis melakukan tinjauan atas pasal-pasal dalam Perjanjian Jual Beli Energi Rezim Lama maupun Rezim Baru yang penulis pandang relevan dengan maksud penulisan tesis dengan paradigma bahwa pihak Indonesia sebagai *host country* (dalam hal ini PLN) memerlukan adanya keadilan dalam berhubungan dengan pihak investor (terutama investor asing) yang memiliki posisi tawar lebih kuat karena diuntungkan secara finansial dan lebih maju dari pihak Indonesia serta adanya tuntutan kepada pihak Indonesia untuk menjaga kepentingan nasional dalam pengelolaan energi, sementara itu investor (terutama investor asing) memerlukan adanya kepastian hukum dalam perjanjian yang mereka buat dengan pihak Indonesia, dalam konteks ini dalam Perjanjian Jual Beli Energi karena kepastian hukum merupakan faktor yang sama pentingnya dengan peluang ekonomi dan kestabilan politik dalam upaya menarik investasi baik dari dalam maupun luar negeri.

Pertumbuhan investasi akan terjadi apabila sistem hukum dapat menciptakan *predictability, stability and fairness*. Artinya, bahwa hukum harus dapat menciptakan kepastian, mengakomodasi atau menyeimbangkan berbagai kepentingan yang saling bersaing, sehingga tercipta stabilitas dan melahirkan keadilan.¹²²

Pasal *Scope and General Understanding* (Ruang Lingkup Pekerjaan dan Pengertian Umum) mengatur ruang lingkup Perjanjian Jual Beli Energi antara Penjual dengan Pembeli. Para Pihak menyepakati bahwa Perjanjian yang dibuat

¹²² Ibid

antara Para Pihak adalah Perjanjian Jual Beli Energi dimana Pembeli (yaitu PLN) setuju untuk membeli dari Penjual (yaitu Penjual), berdasarkan syarat-syarat dan ketentuan-ketentuan dalam Perjanjian ini, seluruh listrik yang diproduksi dan diantarkan atau tersedia oleh Fasilitas Pembangkitan yang dibangun oleh Penjual.

Dalam Pasal ini para pihak secara kontraktual membagi hak dan kewajibannya secara seimbang dengan memberikan bobot kewajiban yang sama besarnya, yaitu Penjual wajib menjual listrik yang diproduksi dari Fasilitas Pembangkit kepada PLN dan PLN wajib membeli dan membayar harga beli atas energi listrik yang diterimanya dari Penjual. Jika salah satu pihak cidera janji, maka resiko hukum yang mereka terima juga seimbang. Sebagai contoh jika Penjual gagal menjual listrik akibat kesalahannya, maka jika peristiwa cidera janji tersebut tidak diperbaiki dalam waktu 180 hari setelah PLN mengirimkan pemberitahuan telah terjadinya peristiwa cidera janji, maka PLN akan dapat mengajukan pemutusan perjanjian kepada pihak Penjual. Demikian juga jika PLN cidera janji dan gagal memperbaikinya, maka Penjual dapat mengajukan pemutusan kontrak terhadap PLN dengan segala akibat hukumnya.

Selain seimbang dalam hal jual dan beli energi listrik, Pasal *Scope and General Understanding* juga memberikan hak mendahului kepada Penjual untuk membangun Fasilitas Pembangkitan lainnya apabila dalam area yang sama ditemukan sumber panas bumi yang cukup untuk menyuplai pembangkit listrik.¹²³

¹²³ Draft Energy Sales Contract 2009, Section 1.1-Scope: "This Contract is an Energy Sales Contract whereby BUYER agrees to purchase from SELLER, upon the terms and condition contained in this Contract, all Electricity produced by and delivered from, or made available by, the Generating Facilities constructed by SELLER. SELLER, once Geothermal Energy Sufficient to supply a power plant of greater than ____ (___) MW (net) capacity for the applicable Production Period is discovered in the Contract Area, is entitled to develop any Geothermal Energy located in Contract Area, to build, own and operate Generating Facilities to convert such Geothermal Energy to Electricity and to deliver and sell such Electricity (less any electricity for use in performing Geothermal Operations) to BUYER, up to a maximum aggregate generating capacity for the Contract Area of ____ MW.

Meskipun nampak tidak seimbang karena PLN memberikan keistimewaan kepada Penjual untuk mengembangkan pembangunan Fasilitas Pembangkitan, namun sebenarnya PLN akan diuntungkan karena jika ada potensi pengembangan lebih lanjut, maka PLN dapat membeli energi listriknya dengan harga yang lebih murah karena biaya pengembangannya akan lebih kecil dibandingkan dengan pengembangan Wilayah Kerja Panas Bumi dan pembangunan Fasilitas Pembangkit pertama kali dilakukan oleh Penjual selain mereka juga dapat menggunakan beberapa fasilitas pendukung sebagai fasilitas bersama yang akhirnya akan dapat mengurangi biaya yang harus dikeluarkan oleh Penjual sehingga dapat dicapai harga jual listrik yang lebih murah selain profil resiko yang harus diemban oleh Penjual menjadi lebih kecil karena telah ada *success story* pada Fasilitas Pembangkitan yang pertama.

Diberikannya hak mendahulu kepada Penjual untuk membangun perluasan Fasilitas Pembangkitan dalam area yang sama bagi Penjual merupakan suatu 'uji coba' atas adanya kepastian hukum dalam Perjanjian Jual Beli Energi dengan melihat apakah kesempatan mengembangkan Wilayah Kerja Panas Bumi lebih lanjut akan mendapatkan dukungan dari PLN (dan Pemerintah) dengan pelaksanaan proses negosiasi harga listrik dari Fasilitas Pembangkitan baru dengan PLN yang pasti jadinya dan keluarnya persetujuan Menteri ESDM yang tidak terlalu lama atas usulan harga listrik yang telah dinegosiasikan antara PLN dengan Penjual.

Asas kepastian hukum tercermin dalam Pasal *Definitions* (Definisi Istilah) karena dengan adanya istilah dan batasan yang jelas dan disepakati bersama, maka hal ini akan mengurangi adanya peluang multi tafsir atas suatu hak dan kewajiban para pihak dalam pelaksanaan Perjanjian Jual Beli Energi. Hal ini ditegaskan oleh Wirjono Prodjodikoro bahwa dalam ilmu pengetahuan hukum soal istilah adalah sangat penting¹²⁴, selain dalam praktek sehari-hari yang merupakan pelaksanaan isi dari Perjanjian Jual Beli Energi, para pihak akan lebih tenang dalam melaksanakan kewajibannya masing-masing karena tidak ada

¹²⁴Prof. DR. Wirjono Prodjodikoro, *Azas-azas Hukum Perjanjian*, Cetakan keduabelas, Penerbit Sumur, Bandung, 1993

peluang menafsirkan secara berbeda dengan menggunakan sudut pandangnya atas suatu hak yang telah secara jelas diuraikan dalam Perjanjian Jual Beli Energi.

Pasal *Definitions* juga mengadung asas kepastian hukum dalam hal memberikan kepastian bagi para pihak tentang siapa saja yang dapat dikategorikan sebagai Pihak Terafiliasi (“*Affiliated Company*” or “*Affiliate*”), batasan atas Periode Penyesuaian (“*Adjustment Period*”), Faktor Ketersediaan (“*Availability Factor*”) yang menjadi dasar perhitungan harga jual beli dalam suatu masa, kapan para pihak dapat menentukan dimulainya Tanggal Beroperasi Komersial (“*Date of Commercial Generation*”) sehingga memiliki kepastian dimulainya dan berakhirnya Perjanjian Jual Beli Energi termasuk melakukan penyesuaian jangka waktu perjanjian apabila diperlukan seperti saat terjadinya *Force Majeure* yang menghalangi pelaksanaan isi perjanjian, adanya pemahaman yang sama perihal Tanggal Pertama Beroperasi (“*Date of First Operation*”) sehingga Penjual mulai dapat menghitung jumlah energi listrik yang dijualnya kepada PLN, termasuk pengertian tentang Sengketa (“*Dispute*”) agar tidak terjadi perselisihan dengan apa yang dimaksud dengan sengketa, dan kapan Tanggal Efektif (“*Effective Date*”) perjanjian terjadi untuk menghitung berjalannya waktu Perjanjian Jual Beli Energi dan istilah-istilah lainnya yang sangat berguna dan memberikan rasa aman (kepastian) saat terjadi suatu perbedaan dalam pelaksanaan isi perjanjian.

Asas keadilan dan kepastian hukum juga terkandung dalam pasal yang mengatur tentang *Term* (Jangka Waktu Kontrak)¹²⁵. Pasal ini mengatur waktu

¹²⁵Draft Energy Sales Contract 2009, Section 3.1. Effective Date and Contract Duration.

This Contract shall become effective on the date this Contract is approved by the Minister of Energy and Mineral Resources of the Republic of Indonesia/Governor/Regent, and the term of this Contract (the “**Contract Term**”) shall be a period ending 420 (Four Hundred and Twenty) Months after Contract signing date unless extended or earlier terminated as provided herein.

With respect to each Unit, the period for delivery of Geothermal Energy to or Electricity from such Unit (the “**Generating Period**”) shall be 300 (three hundred) Months, including 60 (sixty) Months for **Construction Period**. commencing on the **Date of Commercial Generation** for such Unit (as referenced in Appendix I), provided that if a Production Period ends prior to the end of the Contract Term of this Contract, such Production Period shall be extended, upon mutually agreed price, terms and conditions, to coincide with the end of the Contract Term of this Contract. Should any Production Period extend beyond the Contract Term of this Contract, the Contract Term of this Contract shall be extended until the end of such Production Period(s). The running of the

tertentu dimana Perjanjian Jual Beli Energi ditetapkan sebagai efektif dan jangka waktu berlakunya Perjanjian Jual Beli Energi termasuk di dalamnya berapa waktu perpanjangan yang dapat diberikan.

Pasal ini memberikan kepastian hukum kepada Penjual bahwa dia tidak akan dirugikan, malah akan diuntungkan karena jika Periode Produksi panas bumi berakhir sebelum masa akhir Perjanjian maka Periode Produksi tersebut akan diperpanjang sampai dengan masa akhir Perjanjian supaya tanggal berakhirnya sama (dengan harga yang disepakati bersama oleh para pihak). Demikian pula jika Periode Produksi Perjanjian berakhir melebihi berakhirnya jangka waktu Perjanjian maka Perjanjian akan diperpanjang sampai dengan berakhirnya Periode Produksi. Pasal ini juga adil kepada kedua belah pihak karena memberikan pemecahan masalah berbedanya jatuh tempo Perjanjian Jual Beli Energi dengan Periode Produksi dalam Wilayah Kerja Panas Bumi yang dikelola oleh Penjual dalam Wilayah Kerja Pertambangan Panas Bumi yang sama.

Namun demikian, pasal *Term* ini juga menyimpan potensi ketidakpastian hukum karena dalam Pasal ini juga diatur bahwa berjalannya jangka waktu Perjanjian akan ditunda dalam setiap tahap jika Penjual masih belum berhasil mendapatkan pembiayaan untuk pembangunan Fasilitas Pembangkit dan fasilitas lainnya sehingga jika Penjual masih terus gagal mendapatkan pembiayaan maka PLN tidak bisa secara sepihak melakukan pemutusan perjanjian karena hal ini bukan merupakan suatu peristiwa cidera janji yang dilakukan oleh Penjual dan tidak memiliki konsekuensi hukum bagi Penjual. Dalam pasal ini Penjual juga diberikan kelonggaran apabila dia masih belum berhasil mendapatkan pinjaman/pembiayaan dari krediturnya, maka akan dicari jalan keluar yang tersedia sebagaimana diatur dalam Pasal 4.3 Perjanjian Jual Beli Energi.¹²⁶ Hal ini

Contract Term of this Contract, and any relevant period hereunder, shall be suspended during any period SELLER remains unable to arrange financing for construction of any Generating Facilities in accordance with Section 5.3.

¹²⁶ **Consultation Regarding Financing and Approvals.**

If SELLER is unable to arrange financing or obtain permits or other approvals for Generating Facilities pertaining to the first additional Unit referred to in Section 5.2(c)(i), SELLER shall notify BUYER and the Parties shall consult with a view to determining what alternative arrangements may be made. From the date of such notice until such time as SELLER confirms that

tentunya kurang memenuhi rasa keadilan bagi pihak PLN karena jika Penjual dalam suatu Wilayah Kerja Panas Bumi tidak kunjung berhasil mendapatkan pembiayaan atas proyek pembangunan pembangkit listrik tenaga panas bumi, maka PLN hanya bisa pasrah menunggu perkembangan selanjutnya tanpa dapat melakukan apapun terhadap Penjual..

Kurang terpenuhinya asas keadilan dalam Pasal ini tercermin dalam diberikannya dua keleluasaan kepada Penjual dalam pengusahaan panas bumi dan PLN tidak mendapatkan keleluasaan serupa. Keleluasaan pertama adalah keleluasaan dalam menyesuaikan jangka waktu berlakunya Perjanjian Jual Beli Energi dengan Periode Produksi sumur panas bumi sehingga Penjual akan selalu mendapatkan kesempatan menjual energi listrik kepada PLN selama sumur panas bumi masih dapat menyuplai panas bumi ke pusat listrik panas bumi. Sementara itu dalam keadaan normal (tidak ada kerusakan/keperluan pemeliharaan rutin atas pembangkit listrik tenaga panas bumi), PLN tidak dibolehkan “memberikan perintah” kepada Penjual untuk menurunkan jumlah energi listrik yang diproduksinya sebagaimana PLN dapat lakukan terhadap Penjual lainnya yang memiliki pusat listrik selain pusat listrik tenaga panas bumi (seperti pusat listrik tenaga uap, gas dan minyak bumi), kecuali Penjual mengizinkan karena pembangkit listrik tenaga panas bumi milik Penjual diperlakukan sebagai “*Base Load Plant*” (Pembangkit Beban Dasar) dengan konsekuensi selama Fasilitas Pembangkitan siap mengantarkan listrik kepada PLN maka, meskipun saat itu PLN tidak membutuhkan energi listrik dari Penjual, PLN setiap bulan tetap wajib membayar *Energy Payment* dan *Capacity Payment* kepada Penjual.

Keleluasaan kedua yang juga diberikan oleh PLN kepada Penjual adalah apabila Penjual masih belum berhasil mendapatkan pembiayaan atau pinjaman untuk pembangunan Fasilitas Pembangkit dan fasilitas lainnya dalam Wilayah

satisfactory financing or approval arrangements have been made, the running of the Contract Term of this Contract shall be suspended. However, notwithstanding the provisions of the last sentence of section 3.1 and the foregoing provisions, if the suspension of the Contract Term of the Contract is due to an inability on the part of SELLER to arrange financing for any subsequent additional Unit(s) referred to in Section 5.2(c)(ii), such suspension shall be limited to a period or cumulative periods of certain Months from the date of first notification of such inability.

Kerja Panas Bumi yang di bawah pengelolaannya, maka meskipun hal ini merupakan metode yang lazim dalam dunia pertambangan mengingat faktor resiko kegagalan dalam pengusahaan panas bumi sangat tinggi, namun mestinya tetap harus diatur batasan waktu paling lama yang dapat ditoleransi oleh PLN sehingga PLN dapat melakukan tindakan hukum apabila Penjual tetap gagal mencari pembiayaan setelah lewatnya waktu yang diatur dalam Perjanjian Jual Beli Energi sekaligus mengkomodasikan batas waktu yang telah ditetapkan dalam Izin Usaha Pertambangan Panas Bumi.

Tiadanya pembatasan waktu ini merupakan cermin tidak adanya keadilan dalam pasal ini bagi pihak Pembeli, selain daripada itu dalam pasal Denda untuk Keterlambatan Pembayaran (“*penalty for Late Payment*”), apabila PLN terlambat melakukan pembayaran maka Penjual akan mengenakan denda sebesar sekian persen di atas suku bunga antar bank di London (*LIBOR/London Inter Bank Offer Rate*).

Asas kepastian hukum tercermin dalam pasal yang mengatur ketentuan tentang *Building, Project Implementation* (Pelaksanaan Proyek) dan *Construction of Facilities* (Konstruksi Fasilitas). Dalam pasal ini, Penjual memberitahukan kepada PLN yang tidak boleh menghalangi kemajuan/*progress* proyek pembangunan pembangkit listrik panas bumi karena hal tersebut telah mendapatkan izin dari pihak pemberi izin (Menteri, Gubernur atau Bupati) berupa Izin Usaha Pertambangan Eksploitasi dan Pemanfaatan. Dalam Pasal ini Penjual bertanggungjawab untuk melakukan pengeboran di sumur panas bumi, menjalankan operasional serta pemeliharaan dan perbaikan atas Fasilitas Lapangan dan Fasilitas Pembangkitan.

Pemberitahuan oleh Penjual kepada PLN bahwa ia berkeinginan untuk membangun Fasilitas Pembangkit merupakan bukti adanya asas kepastian hukum dalam Perjanjian Jual Beli Energi dimana fungsi kontrol oleh PLN agar Fasilitas Pembangkit yang akan dibangun oleh Pengembang didisain sesuai dengan dengan Sistem Transmisi PLN bersanding dengan diberikannya persetujuan oleh PLN

agar Penjual dapat memulai pembangunan Pusat Listrik Tenaga Panas Bumi tanpa halangan teknis yang berarti karena disain teknisnya sesuai dengan disain PLN, sehingga Penjual memiliki kepastian bahwa selama pembangunan berlangsung tidak akan ada 'kejutan' dari PLN terhadap pelaksanaan disain yang telah disepakati oleh PLN sebelumnya.

Perjanjian Jual Beli Energi yang membagi resiko antara PLN dan Penjual dengan meletakkan resiko Proses Pembangunan, Pelaksanaan Proyek, Konstruksi Fasilitas dan pembangunan Fasilitas Pembangkit dan Fasilitas Pendukung di Wilayah Kerja Pertambangan Panas Bumi di pihak Penjual, termasuk adanya tanggungjawab Penjual untuk melakukan pengeboran di sumur panas bumi, menjalankan operasional serta pemeliharaan dan perbaikan atas Fasilitas Lapangan dan Fasilitas Pembangkitan meskipun nampak kurang mencerminkan asas keadilan bagi Penjual, sebenarnya dapat dimitigasi dengan membatasi resiko yang ditanggung Penjual dengan adanya upaya Pemerintah (Pusat, Provinsi atau Kabupaten) memberikan data yang akurat tentang potensi sumber panas bumi yang ada di Wilayah Kerja Pertambangan Panas Bumi sehingga mengurangi persepsi resiko ketidakpastian potensi panas bumi di mata Penjual yang pada akhirnya akan membebani PLN dengan harga jual listrik yang tinggi sebagai *exchange* atas resiko tinggi yang diemban Penjual.

Pembagian resiko sebagaimana tersebut di atas memberikan peluang kepada Penjual untuk meminta agar PLN memperlakukan pusat listrik panas bumi yang mereka operasikan sebagai *Base Load Plant* dan PLN, mau tidak mau harus memenuhi permintaan tersebut karena resiko yang diambil oleh Penjual sudah begitu besar sejak awal tahap pengembangan panas bumi, meskipun PLN masih dapat meminta kepada Penjual untuk menurunkan kapasitas listrik yang diantarkan ke PLN untuk periode waktu tertentu (seperti pada masa *Schedule Outage*/pemadaman terjadual untuk kepentingan pemeliharaan).

Adanya pembagian resiko (*Allocation of Risk*) yang mengalokasikan resiko yang tinggi sejak awal kepada Penjual menimbulkannya posisi yang tidak

seimbang pada saat dilakukannya negosiasi Perjanjian Jual Beli Energi dengan PLN, sehingga harga jual listrik cenderung menjadi tinggi karena Penjual menanggung seluruh resiko pengembangan panas bumi sejak tahap Eksplorasi (bahkan mungkin sejak tahap Survei Pendahuluan) sampai dengan Tahap Konstruksi Fasilitas Pembangkitan mencapai tahap Tanggal Operasi Komersial. Hal ini menjadi sebab sempitnya ruang gerak PLN dalam negosiasi Perjanjian Jual Beli Energi dengan Penjual dan PLN dihadapkan pada pilihan untuk menerima harga tinggi yang diusulkan oleh Penjual.

Asas kepastian hukum tercermin dalam pasal perihal *Price* (Harga) yang merupakan pokok dari Perjanjian Jual Beli Energi. Dalam Pasal ini diatur secara jelas dan mendetil tata cara pelaksanaan jual beli listrik sejak Tanggal Pertama kali Beroperasi suatu Unit Pembangkit sampai dengan Tanggal Operasi Komersial sehingga tidak akan timbul ketidakpastian yang menimbulkan rasa tidak aman bagi Penjual dalam perusahaan panas bumi. Penjual akan tahu dengan pasti bahwa dalam tahap ini yang diperjualbelikan adalah *Net Electrical Output*¹²⁷ yang dibangkitkan oleh suatu Unit Pembangkit.

Dalam Pasal ini juga diatur tentang tata cara jual beli listrik sejak Tanggal Operasi Komersial sampai dengan masa berakhirnya Perjanjian Jual Beli Energi dimana sejak Tanggal Operasi Komersial sampai dengan berakhirnya Perjanjian Jual Beli Energi yang diperjualbelikan adalah *Unit Rated Capacity*¹²⁸ dan *Net Electrical Output* sehingga Penjual mendapatkan kepastian hukum atas apa yang

¹²⁷ “**Net Electrical Output**” shall mean the net energy delivered by SELLER to BUYER from each Unit, in kWh, as measured at the Metering Point at the end of each Month;

¹²⁸ “**Unit Rated Capacity**” shall mean the average gross kilowatt generating capacity of a Unit determined by operating the Unit at its maximum attainable output for continuous seventy-two (72) hour test, with all equipment operating within manufacturer’s specifications. Such generating capacity shall be measured at the Metering Point. The generation and equipment data shall be recorded during the test, and Unit generating capacity shall be corrected to design and operating conditions in accordance with test procedures submitted by the manufacturer and mutually agreed to by BUYER and SELLER. Such test will be performed for each Unit once per Calendar Year and once following each major overhaul of such Unit; provided however, that (i) such test may be performed more frequently by mutual agreement of the Parties, and (ii) upon request by BUYER, such test shall be performed at any time at which such Unit shall have failed to provide an average Availability Factor of at least 0.5 for the immediately preceding three (3) Months;

akan diterimanya sejak Tanggal Operasi Komersial sampai dengan masa berakhirnya Perjanjian Jual Beli Energi.

Dalam Pasal ini juga terkandung asas kepastian hukum dengan diberikannya keleluasaan kepada Penjual untuk menyesuaikan harga jual listrik apabila terjadi suatu perubahan peraturan dalam hukum dan perundang-undangan yang dikeluarkan oleh Pemerintah sehubungan dengan lingkungan, pemanfaatan lahan/tanah atau konten lokal dari bahan yang dipergunakan oleh Penjual maka *base energy price* yang tersebut dalam Pasal tentang *Energy Payment* dan *base capacity payment rate* yang tersebut dalam Pasal *Capacity Payment* Perjanjian akan disesuaikan untuk memelihara tingkat keekonomian yang dinikmati oleh Penjual.¹²⁹

Adanya ketentuan bahwa PLN wajib untuk membeli listrik pada jumlah dan kapasitas yang disetujui dalam Perjanjian Jual Beli Energi merupakan suatu upaya membagi resiko untuk memenuhi asas keadilan. PLN akan menanggung resiko pembelian energi listrik selama masa berlakunya Perjanjian Jual Beli Energi dan akan menanggung pembayaran denda jika terlambat melakukan pembayaran atas harga jual energi listrik. Hal ini dilakukan karena hampir seluruh resiko besar pada tahap awal perusahaan panas bumi seperti survei pendahuluan, eksplorasi, studi kelayakan dan eksploitasi dibebankan kepada pihak Penjual.

¹²⁹ **Section 6.5. Increased Costs.**

In the even that SELLER incurs additional or increased costs in performing its obligations or exercising its rights hereunder as a result of any change in the laws or regulations of the Government relating to the environment, land use or local content of materials used by SELLER then the base energy price set forth in Section 6.2 and the base capacity payment rate set forth in Section 6.3 shall be adjusted to preserve SELLER's economic rate of return (net of taxes and other impositions) upon its investment in the Geothermal Operations. To the extent that such increased cost shall require SELLER to obtain additional financing, SELLER shall use good faith efforts to promptly obtain such financing. Upon occurrence of such an increased cost the Parties shall, for a period of up to six (6) Months, consult to determine the necessary adjustment to the base capacity payment and the base energy price, as set forth in this Section. If, after six (6) Months following the occurrence of such increased cost, the Parties have been unable to agree on such an adjustment, such price adjustment shall be determined in accordance with the procedures set forth in Section 9.

Pembagian resiko antara PLN dengan Penjual ini mengandung asas kepastian hukum dan keadilan karena Penjual yang telah mengambil resiko pada tahap awal pengusahaan panas bumi akan mendapatkan kepastian bahwa energi panas bumi yang ditemukannya dalam Wilayah Kerja Pertambangan Panas Bumi akan dibeli PLN selama masa berlakunya Perjanjian Jual Beli Energi. Sementara itu asas keadilan tercermin pada pembagian resiko yang harus ditanggung para pihak, dalam hal ini PLN akan menanggung resiko untuk membeli energi dari penjual dan membayar harga jualnya selama 30 tahun masa berlakunya Perjanjian Jual Beli Energi yang merupakan *trade off* atas resiko yang telah diambil oleh Penjual sejak tahap awal pengusahaan panas bumi yang berjangka waktu sekitar 12 tahun sejak Perjanjian Jual Beli Energi ditandatangani sampai Tanggal Operasi Komersial.¹³⁰

Asas kepastian hukum terkandung dalam pasal perihal *Payment* (Pembayaran) dimana dalam pasal ini para pihak sepakat untuk menggunakan mekanisme pembayaran yang menentukan ke rekening bank mana Pembeli akan membayar *Unit Rated Capacity* dan *Net Electrical Output* atas energi yang telah diterimanya Penjual. Pembeli tidak boleh melakukan mekanisme pembayaran selain yang telah ditentukan dalam pasal ini untuk memberikan rasa aman dan kepastian hukum bagi Penjual akan haknya atas harga jual energi listrik (*Unit Rated Capacity* dan *Net Electrical Output*). Bukti lain adanya asas kepastian hukum dalam pasal ini adalah disebutkannya patokan pembayaran harga listrik adalah angka yang tertera pada alat pengukur meter listrik (*metering device*) yang berada di *Metering Point* (titik pengukuran pemakaian listrik).¹³¹

Adanya kesepakatan untuk menghitung penjualan energi listrik menggunakan alat pengukur meter listrik merupakan cerminan adanya upaya para pihak (baik disadari atau tidak) untuk memasukan asas kepastian hukum dalam Perjanjian Jual Beli Energi. Adanya tolok ukur yang pasti menjamin kepastian yang diperlukan oleh Penjual dalam melakukan jual beli energi dengan PLN karena meskipun jarang menimbulkan perselisihan, namun Pasal perihal

¹³⁰ PLN - Energy Sales Contract, 1995.

¹³¹ PLN - Energy Sales Contract, 1995.

Pembayaran (*Payment*) menjadi penting apabila terjadi kegagalan pembacaan pada alat pengukur meter listrik karena rusaknya alat meter tersebut. Asas kepastian hukum juga tercermin dalam disepakatinya aturan mengenai angka meter yang akan digunakan para pihak untuk dijadikan dasar perhitungan pembayaran listrik yang dijual oleh Penjual kepada PLN, sehingga Penjual tetap dapat melakukan penagihan kepada PLN dan PLLN mendapatkan kepastian berapa jumlah energi yang harus dibayarkan kepada Penjual.

Pasal *Termination and Default* (Pemutusan Perjanjian dan Cidera Janji) mencerminkan adanya asas keadilan dalam hubungan hukum Penjual dan PLN, dimana apabila terjadi peristiwa-peristiwa cidera janji yang memicu pihak yang tidak cidera janji (*non-defaulting party*) untuk mendapatkan hak mengajukan pemutusan perjanjian, maka proses pemutusan perjanjian berlaku sama dan seimbang bagi masing-masing pihak, yaitu pihak yang tidak cidera janji akan tidak dipersulit dalam melakukan pemutusan perjanjian karena telah diatur secara tegas dalam pasal ini.

Pasal ini secara sistematis memberikan rasa kepastian kepada masing-masing pihak karena mengatur dengan jelas dan mendetil bagaimana dan kapan Perjanjian Jual Beli Energi dapat diakhiri seperti apabila terjadi penetapan pailit atas diri masing-masing Penjual atau Pembeli, pembubaran, likuidasi atau ditunjuknya kurator/likuidator yang akan melaksanakan pemberesan harta pailit atau likuidasi atas harta si pailit, termasuk adanya penambahan klausula bahwa jika pembeli gagal melakukan pembayaran dalam waktu 90 hari dan cidera janji tersebut tetap berlangsung tanpa ada upaya untuk memperbaikinya maka Penjual akan berhak mengajukan pemutusan atas Perjanjian Jual Beli Listrik.¹³²

¹³² Section 12.1. SELLER Termination Events. Each of events set forth below shall be a SELLER Termination Event:

- (a) the occurrence of any of the following events: (i) the passing of a resolution for the bankruptcy, winding up, liquidation of, or other similar proceeding relating to SELLER; (ii) the appointment of trustee, liquidator, custodian, provisional manager or similar person in proceeding, referred to clause (i), which appointment has not been set aside or stayed within sixty (60) days after such appointment; or (iii) the making by a court having jurisdiction of an order winding up or otherwise confirming the bankruptcy or insolvency of SELLER,

Pasal dalam Perjanjian Jual Beli Energi Rezim Lama yang paling kontroversial dan menarik untuk diteliti adalah Pasal yang mengatur ketentuan *Force Majeure* (Kejadian Kahar). Pasal ini meskipun memberikan rasa aman pada Penjual karena mencerminkan asas kepastian hukum, namun dirasakan kurang memenuhi rasa keadilan bagi pihak Pembeli, yaitu PLN.

Dengan adanya pembagian resiko yang berat sebelah antara Penjual dengan PLN, maka sejak Perjanjian Jual Beli Energi Rezim Lama ditandatangani, PLN menanggung resiko terhadap tindakan Pemerintah Indonesia yang terjadi selama jangka waktu Perjanjian Jual Beli Energi Rezim Lama. Tindakan apapun yang dilakukan Pemerintah Republik Indonesia tanpa sebab yang benar (*justifiable cause*) dan tidak dapat diterima oleh pihak Penjual, maka hal tersebut akan menyebabkan PLN harus menanggung resiko hukum dan keuangan, terlebih tolok ukur yang dikenakan terhadap tindakan Pemerintah tersebut adalah tidak pasti

which order has not been set aside or stayed within sixty (60) days after such order is made; and

- (b) the breach by SELLER of any of its material obligations under this Contract which is not remedied within one hundred eighty (180) days after notice from BUYER to SELLER (which notice shall state that it is delivered pursuant to this Section 12.2(b)) stating that such a breach has occurred, identifying the breach in question in reasonable detail and demanding remedy thereof.

Section 12.2. BUYER Termination Events.

Each of the events described below shall be a BUYER Termination Event:

- (d) the occurrence of any of the following events: (i) the passing of resolution for the bankruptcy, insolvency, winding up, liquidation of, or other similar proceeding relating to BUYER; (ii) the appointment of a trustee, liquidator, custodian, provisional manager or similar person in a proceeding referred to in clause (i), which appointment has not been set aside or stayed within sixty (60) days after such appointment; or (iii) the making by a court having jurisdiction of an order winding up or otherwise confirming the bankruptcy or insolvency of BUYER, which other has not been set aside or stayed within sixty (60) days after such order is made;
- (e) the failure of BUYER to make any payment required under this Contract within ninety (90) days of the date on which such payment first becomes due and payable; and
- (f) the breach by BUYER of any of its material obligations under this Contract (other than any breach referred to in section 12.3 (b)), which is not remedied within one hundred eighty (180) days after notice from SELLER to BUYER (which notice shall state that it is delivered pursuant to this Section 12.3 (c)), stating that such a breach has occurred, identifying the breach in question in reasonable detail and demanding remedy thereof.

sehingga menimbulkan ketidakpastian apakah Pemerintah telah bertindak dengan dasar/sebab yang benar (*justified*) yang ukurannya abstrak dan kualitatif sehingga membuka peluang adanya pengenaan tanggung jawab yang sangat besar kepada PLN seperti terjadi pada kasus arbitrase antara PLN melawan Himpurna California Energy dan PLN dan Pertamina melawan Karaha Bodas Company.¹³³

Tidak seimbangnnya pembagian resiko dalam pasal *Force Majeure* di dalam Perjanjian Jual Beli Energi Rezim Lama adalah suatu perbedaan yang tidak lazim dalam hukum internasional sebagaimana dikatakan oleh Frederick R. Fucci. Pencantuman klausul *Force Majeure* (keadaan memaksa) yang berlaku untuk satu pihak tersebut dalam kontrak proyek listrik swasta merupakan kejelian dari penasehat hukum Penjual dalam pembuatan kontrak.¹³⁴ Hal ini dimungkinkan terjadi karena pihak Penjual (terutama investor asing) memiliki kelebihan dari segi pengalaman, teknis, komersial dan legal dibandingkan dengan pihak

¹³³ **Section 10.2 Instances of Force Majeure (hanya (e) dan (f))**

Subject to the provisions of Sections 10.1 and 10.4, Events of Force Majeure shall include, but shall not be limited to:

- (c) with respect to SELLER only, any action or failure to act without justifiable cause by the Government or any governmental instrumentality of the Republic of Indonesia (including any action or failure to act without justifiable cause by any duly authorized agent thereof), including without limitation the denial of or delay in without justifiable cause the granting of any approval, permit or consent upon due application therefor and diligent effort by applicant to *allobtain*, the failure without justifiable cause of any such approval, permit or consent once granted to remain in full force and effect or to be renewed on substantially similar terms, and any delay in the importation of equipment or supplies into Indonesia resulting from any action or failure to act without justifiable cause by the Government or any governmental instrumentality of the Republic of Indonesia; and
- (d) with respect to SELLER only, the adoption, enactment or application to SELLER, any Contractor or the Generating Facilities or Field Facilities of any law, regulation or other legal requirement of the Government or any governmental instrumentality of the Republic of Indonesia (i) relating to environment other than those in effect as of the date hereof or (ii) not existing or not applicable to SELLER or the Generating Facilities or Field Facilities as of the date hereof, or any change in any such law, regulation or other legal requirement or the application or interpretation thereof by the Government or any governmental instrumentality of the Republic of Indonesia after the date hereof, but not including any such legal requirement or interpretation or application thereof in existence at such date which by its terms became or will become effective and applicable to SELLER or the Generating Facilities or Field Facilities after such date;

¹³⁴ Frederick R. Fucci, *Issues in Enforceability of Arbitral Awards in Internasional Project Lending*, Presentasi untuk IBA, San Fransisco, 10 September 2003

Indonesia sehingga didapatkan perjanjian-perjanjian yang 'berat sebelah' dan cenderung meninggalkan asas keadilan.

Dari penelusuran literatur yang penulis lakukan, ternyata dibebankannya resiko tindakan Pemerintah kepada pihak *host country* (seperti PLN untuk Indonesia) hanya terdapat dalam Perjanjian Jual Beli Energi/Perjanjian Jual Beli Listrik di Indonesia. Pembagian resiko semacam ini tidak ditemukan pada Perjanjian Jual Beli Energi/Perjanjian Jual Beli Listrik di India, Thailand, Sri Lanka dan Vietnam.¹³⁵ Dengan diberikannya hak untuk menyatakan *Force Majeure* saat terjadi tindakan Pemerintah kepada satu pihak saja dalam Perjanjian Jual Beli Energi Rezim Lama, dalam hal ini Penjual, maka kedudukan para pihak dalam perjanjian ini menjadi tidak setara, karena hanya Penjual saja yang diuntungkan oleh pembagian resiko yang tidak seimbang seperti ini.¹³⁶

Ditandatanganinya beberapa Perjanjian Jual Beli Energi Rezim Lama dengan memberikan *privilege* yang begitu besar kepada investor asing menurut pandangan penulis merupakan 'keteledoran' yang tidak boleh terulang lagi, terlebih setelah PLN, Pertamina dan Pemerintah mengalami kekalahan beruntun di forum arbitrase saat digugat oleh Penjual dalam kasus Himpurna California Ltd. Melawan PLN dan Pemerintah RI serta Karaha Bodas LLC melawan Pemerintah RI, Pertamina dan PLN.

Untuk menghindari terulangnya kejadian yang sama, Pemerintah (dalam hal ini Kementerian ESDM), PLN dan Pemerintah Daerah sebagai pelaksana lelang Wilayah Kerja Pertambangan Panas Bumi di daerah yang memiliki potensi panas bumi, mendesak dan penting untuk mengevaluasi kembali peraturan yang selama ini sudah berjalan sehingga proses pengadaan pusat listrik tenaga panas bumi secara hukum benar sejak awal proses hingga tahap pemanfaatan (operasional pusat listrik tenaga panas bumi), terlebih 5 tahun belakangan ini *issue* pengadaan

¹³⁵ Steven Ferrey, *Small Power Purchase Agreement Application fo Renewable Energy Development: Lessons from Five Asian Countries*, Asia Alternative Program, the World Bank, Februari 2004

¹³⁶ A. Madjedi Hasan, Op. Cit.

barang dan jasa merupakan masalah yang menjadi sasaran paling gencar aparat hukum dalam upaya pemberantasan korupsi.

Dalam pasal tentang *Assignment* (Pengalihan)¹³⁷, PLN memberikan izin sejak awal kepada Penjual/Penjual untuk mengalihkan hak-hak dan kewajiban-

¹³⁷ **Assignment to Financing Parties.**

- (d) SELLER may assign all or any part of its entire rights, interests and obligations hereunder or create a security interest over its rights and interests in this Contract, or its revenues therefrom, and its assets (including the Generating Facilities but not including the Field Facilities), to lenders for the purpose of securing financing for Geothermal Operations. BUYER and SELLER hereby consent to the granting by SELLER to SELLER's lenders of security interests in this Contract and such assets. BUYER and SELLER shall, upon reasonable request, execute such consents to or acknowledgements of such assignment by SELLER and other customary matters as SELLER or its lenders reasonably require in connection with the financing the Geothermal Operations, and shall agree to (i) provide such lenders reasonable notice of and opportunity to cure SELLER's defaults hereunder, (ii) allow such lenders to be assigned all of SELLER's rights hereunder and in such assets in the event of default, with the right to reassign such rights to a competent replacement operator, provided, however, that SELLER shall keep BUYER currently informed of any such assignment or reassignment, and (iii) provide for other customary lender protection provisions that are not in violation of Indonesian laws or regulations.
- (e) Notwithstanding the above, the assignment by any lender of the rights and assets of SELLER hereunder to a replacement operator shall be subject to the following conditions being satisfied, to the reasonable satisfaction of BUYER:
 - (iv) Such proposed assignee being a financially sound and reputable power facility operator having prior experience with geothermal operations; and
 - (v) The assumption by such proposed assignee of the rights and obligations of COMPANY hereunder accruing on or after the date of such assignment.
- (f) BUYER and SELLER also agree (1) to reasonably cooperate to amend this Contract and as reasonably required by SELLER's lenders provided such amendments either (a) do not materially increase BUYER's obligations or materially decrease their respective rights hereunder, or (b) are not materially less favorable to BUYER than the provisions of similar contracts executed by BUYER as applicable, with third parties engaged in similar enterprise as SELLER, and (2) to renegotiate this Contract in good faith if the terms hereof render financing impractical. SELLER acknowledges and agrees that any assignment to a secured party shall not relieve SELLER of its performance obligations to BUYER under this Contract.

Section 11.2. Assignment to Affiliates. SELLER may assign all or any part of its entire rights, interests and obligations hereunder to Affiliates upon the prior consent of BUYER, such consent not to be unreasonably withheld or delayed. BUYER may assign all or any part of its entire rights, interests and obligations hereunder to Affiliates upon the prior consent of SELLER, such consent not to be unreasonably withheld or delayed.

Section 11.3. Other Assignment. SELLER may assign part of its rights, interests and obligations hereunder to a third party or parties subject to BUYER's prior approval. SELLER may assign its entire rights, interest and obligations hereunder to a third party or parties subject to the prior approval of the Minister of Energy and Mineral Resources/Governor/Regent.

kewajibannya dalam Perjanjian Jual Beli Energi kepada pihak terafiliasi dengan Penjual, kepada krediturnya dan kepada pihak ketiga lainnya. Pengalihan seperti ini merupakan hal yang lazim dalam proyek yang dibiayai oleh kreditur dengan masa pembayaran kembali utang yang panjang dan dengan jangka waktu perjanjian puluhan tahun.

Asas keadilan dan kepastian hukum tercermin dalam pasal ini karena memberikan hak dan kewajiban yang seimbang kepada Penjual, yaitu Penjual wajib membangun, membiayai dan mengoperasikan proyek pusat listrik panas bumi dan di sisi lain Penjual juga diberikan hak untuk mengalihkan hak dan kewajibannya kepada pihak terafiliasi yang dipersyaratkan oleh kreditur dalam pembiayaan proyeknya agar pembangunan proyek berjalan sesuai rencana. Penjual juga disyaratkan untuk meminta izin dari PLN apabila hendak mengalihkan hak dan kewajibannya kepada pihak ketiga selain pihak yang terafiliasi dengan Penjual.

Dicantumkannya pasal Pengalihan ini juga mencerminkan adanya asas kepastian hukum dalam Perjanjian Jual Beli Energi karena yang diutamakan adalah kepastian akan kelangsungan dari proyek pembangunan pusat listrik panas bumi, sehingga apabila Penjual tidak sanggup atau kesulitan menyelesaikan proyek ini, maka Penjual memiliki pilihan untuk mengalihkan sebagian atau seluruh hak dan kewajibannya kepada pihak ketiga, baik terafiliasi maupun tidak. Penjual dan PLN tidak berhak menghalangi kreditur apabila Penjual tidak sanggup melanjutkan pembangunan pusat listrik tenaga panas bumi sesuai jadwal pembangunan. Kepentingan para pihak terakomodasikan dengan baik dan resiko hukum dibagi secara adil dengan menjaga kepentingan pihak-pihak yang terkait dalam proyek ini sehingga kepastian hukum menjadi terjaga.

Dalam salah satu proyek pusat listrik tenaga panas bumi, saat pihak Penjual tidak sanggup lagi melanjutkan pengembangan dan pembangunan pusat listrik tenaga panas bumi, hak tersebut kemudian dialihkan kepada krediturnya dan ditawarkan kepada pihak ketiga yang berminat, bahkan dalam beberapa kasus,

proyek pembangunan pusat listrik tenaga panas bumi tersebut diambil alih oleh PLN untuk sementara waktu dan selanjutnya dilelang kepada pihak ketiga yang berminat.

Asas kepastian hukum tercermin sangat kuat dalam Pasal *Consultation and Arbitration* (Konsultasi dan Arbitrase) dalam Perjanjian Jual Beli Energi. Pasal ini mengatur secara jelas prosedur penyelesaian yang akan ditempuh para pihak dalam hal terjadinya perbedaan/perselisihan antara Penjual dengan Pembeli dalam pelaksanaan Perjanjian Jual Beli Energi.

Asas keadilan juga diakomodasikan dalam pasal ini dengan memberikan para pihak kesempatan untuk melakukan perundingan selama 30 hari dengan cara damai sebagai alternatif pertama penyelesaian perselisihan yang terjadi. Asas kepastian hukum kembali tergambar saat perundingan gagal memberikan jalan keluar bagi para pihak, yaitu pihak yang dirugikan berhak mengajukan penyelesaian sengketa yang ada di antara Penjual dan PLN ke majelis arbitrase yang akan memeriksa perkara di bawah peraturan arbitrase (*arbitration rules*) UNCITRAL. Para pihak juga dilarang melakukan proses hukum ke pengadilan umum, kecuali untuk keperluan pengajuan penetapan eksekusi atas putusan arbitrase (*exequatur*).

Asas kepastian hukum juga tercermin dalam bagian lain pasal ini, yaitu dalam ketentuan yang mengatur bahwa para pihak tetap harus memenuhi kewajiban kontraktualnya satu sama lain (kecuali ditentukan sebaliknya dalam Perjanjian Jual Beli Energi) selama berlangsungnya proses arbitrase. Sebagai contoh, PLN wajib untuk melakukan pembayarannya kepada Penjual untuk energi listrik yang diantarkan oleh Penjual ke PLN, kecuali pembayaran atas suatu jumlah yang masih menjadi sengketa dalam proses arbitrase, maka pembayaran baru dilakukan setelah keluarnya putusan arbitrase yang menghukum PLN untuk membayar suatu jumlah tertentu.

Pasal *Proper Law* (Hukum yang Mengatur) merupakan cerminan kepastian hukum dalam Perjanjian Jual Beli Energi dengan isinya yang mengatur bahwa Perjanjian Jual Beli Energi Lama dan Baru tunduk pada hukum yang berlaku di Indonesia, sehingga tidak ada hukum yang wajib dipatuhi para pihak selain hukum Indonesia. Asas kepastian hukum juga tercermin dalam ketentuan yang mengesampingkan berlakunya Pasal 1266 dan 1267 Kitab Undang-undang Hukum Perdata pada saat dilakukan pemutusan perjanjian tanpa perlu lagi meminta izin kepada hakim peradilan umum setempat. Adanya pasal tentang Hukum yang Mengatur menjadi tolok ukur kepastian hukum selama perjanjian berlaku, dimana segala perizinan dan gerak usaha dalam perusahaan panas bumi tunduk pada hukum Indonesia (*lex loci contractus*) dan saat terjadi sengketa, meskipun lembaga penyelesaian perselisihan adalah arbitrase, namun hukum yang dipakai adalah hukum Indonesia.

Kepastian hukum nampak jelas dalam pasal tentang *Waiver of Immunity*¹³⁸ dimana Penjual dan Pembeli tanpa syarat dan tanpa dapat dicabut kembali menyatakan bahwa penandatanganan, penyerahan dan pelaksanaan hak dan kewajiban dalam Perjanjian Jual Beli Energi ini merupakan tindakan privat dan komersial serta bukan merupakan tindakan publik atau Pemerintah.

¹³⁸ **Section 18.8. Waiver of Immunity.**

BUYER and SELLER each hereto unconditionally and irrevocably:

- (e) agree that the execution, delivery and performance by it of this Contract constitute private and commercial acts rather than public or governmental acts;
- (f) agree that should any legal proceedings be brought against it or its assets in relation to this Contract or any transaction contemplated by this Contract no immunity (sovereign or otherwise) from such legal proceedings shall be claimed by or on behalf of itself or with respect to its assets, to the maximum extent permitted by law;
- (g) to the maximum extent permitted by law, waive any such right of immunity (sovereign or otherwise) which it or its assets now has or any acquire in the future; and
- (h) consent in respect of the enforcement of any judgment against it in any such proceedings to the giving of any relief or the issue of any process in connection with such proceedings including, without limitation, to the maximum extent permitted by law, the making, enforcement or execution against or in respect of any property whatsoever (irrespective of its use or intended use) or any other order or judgment which may be made or given in such proceedings.

Berlakunya pasal ini bertujuan untuk mencegah PLN untuk menghindar atas kewajiban kontraktualnya terhadap Penjual dengan mendalilkan bahwa tindakan hukum yang dilakukannya merupakan tindakan publik/pemerintah yang berada di luar ranah hukum privat/perdata. Dari sudut pandang kepastian hukum para pihak (terutama Penjual) mendapatkan jaminan bahwa selama berlakunya Perjanjian Jual Beli Energi, PLN tidak akan menggunakan alasan bahwa dirinya bertindak sebagai 'Pemerintah' dengan dalil bahwa seluruh sahamnya dimiliki oleh Pemerintah atau berdalih bahwa tindakan yang dilakukan oleh PLN (sebagai contoh: membayar harga jual energi tidak tepat waktu sebagaimana disepakati) merupakan tindakan Pemerintah. Menurut hemat kami sebenarnya pasal ini sudah mencukupi untuk memberikan kepastian hukum bagi para pihak sehingga PLN tidak perlu lagi dibebani dengan pembagian resiko tambahan yang tidak seimbang dalam hal terjadinya *Force Majeure*.

Asas keadilan tercermin dalam Pasal *Indemnification* (Indemnifikasi) dimana masing-masing pihak akan memberikan pembebasan dan tidak akan dikenakan kerugian dan selamanya akan dibela oleh pihak lainnya dari setiap dan seluruh beban, kerugian, tindakan, gugatan dan tuntutan, termasuk pengeluaran dan biayanya tersebut yang wajar, tindakan yang timbul atau kelalaian di pihak lainnya dalam penuntutan Kontrak ini, kecuali peristiwa tersebut dikarenakan oleh kealpaan, karena kelalaian atau tindakan pelanggaran yang disengaja dari salah satu pihak.¹³⁹

¹³⁹ Indemnity by Seller

SELLER shall hold free and harmless and forever defend BUYER and their respective Affiliates, officers, directors, agents, contractors, shareholders and employees from any and all liabilities, damages, actions, claims and suits, including reasonable costs and expense thereof, arising from the acts or omissions of SELLER in the prosecution of this Contract, except to the extent caused by the negligence, gross negligence or willful misconduct of BUYER.

Indemnity by BUYER

BUYER shall hold free and harmless and forever defend SELLER, its Affiliates, officers, directors, agents, contractors, shareholders and employees from any and all liabilities, damages, actions, claims and suits, including reasonable costs and expenses thereof, attributed to SELLER arising from the acts or omissions of BUYER in the prosecution of this Contract, except to the extent caused by the negligence, gross negligence or willful misconduct of SELLER.

Pasal Indemnifikasi selain memberikan keadilan bagi Penjual dan PLN, juga memberikan kepastian hukum bagi para pihak dengan adanya jaminan bahwa masing-masing pihak akan dibela dan ditanggung oleh pihak lainnya dalam hal terjadinya tuntutan akibat kelalaian yang dilakukan salah satu pihak sehingga pihak yang tidak bersalah karena lalai tidak harus menanggung resiko kerugian akibat kelalaian tersebut dan dijamin akan mendapatkan penggantian atau bantuan dari pihak yang lalai.

Pasal yang mengatur tentang *Insurance* (Asuransi) memberikan kepastian hukum bagi para pihak dalam hal terjadinya resiko dalam proyek, baik saat berada dalam tahap eksplorasi, studi kelayakan, konstruksi dan pemanfaatan (operasional) panas bumi. Dengan adanya pengalihan resiko kepada perusahaan asuransi, maka para pihak dapat dengan tenang melakukan pengusahaan panas bumi tanpa harus dibebani dengan ancaman memberikan ganti rugi atas resiko-resiko yang mungkin terjadi selama proyek dikembangkan/dibangun.

Kepastian hukum dari adanya pasal asuransi di atas merupakan hal yang sangat mendasar dalam proyek pengusahaan panas bumi dan pembangunan pusat listrik panas bumi yang penuh dengan resiko di lapangan serta banyaknya orang yang terlibat dalam proyek. Sebagai contoh, dengan adanya asuransi maka pihak Penjual maupun Pembeli tidak akan direpotkan dengan klaim dari korban yang mendapatkan kecelakaan saat berada di lokasi proyek dan tetap dapat melanjutkan pekerjaan pengembangan panas bumi maupun pembangunan pusat listrik tenaga panas bumi.

Pasal perihal *Training Program* (Program Pelatihan) merupakan perwujudan asas keadilan karena merupakan suatu bentuk ‘balas jasa’ yang wajib dilakukan oleh Penjual karena mendapatkan kesempatan berinvestasi dan mendapatkan keuntungan dari bumi Indonesia. Merupakan suatu keadilan bila Penjual membentuk program pelatihan pekerja sebagai upaya alih teknologi mengingat

besarnya potensi sumber panas bumi yang dimiliki oleh Indonesia, sehingga dalam jangka panjang Indonesia tidak lagi tergantung pada pihak asing dalam mengembangkan potensi panas bumi untuk pembangkitan listrik.

Pasal tentang *Indonesian Content* (Pemanfaatan Barang dan Jasa Dalam Negeri)¹⁴⁰ merupakan pelaksanaan asas keadilan karena dengan diberikannya kesempatan kepada Penjual untuk membangun Pusat Listrik Tenaga Panas Bumi, maka terbuka lebar kesempatan bagi penggunaan peralatan konstruksi, bahan baku serta produk-produk yang dibuat di Indonesia, meskipun penggunaan konten lokal masih harus disetujui oleh Kreditur dari Penjual Asas keadilan yang terwujud dalam pasal merupakan sesuatu yang sewajarnya didapatkan oleh *Host Country*, yaitu untuk mendapatkan keuntungan dan manfaat sebesar-besarnya dari pengembangan dan pengusahaan panas bumi sebagaimana amanat dalam Pasal 33 Undang Undang Dasar tahun 1945, termasuk terjadinya peningkatan ekonomi bagi masyarakat sekitar proyek secara riil.

4.3 PERBANDINGAN ANTARA PERJANJIAN JUAL BELI ENERGI REZIM LAMA DAN BARU DALAM MEWUJUDKAN ASAS KEADILAN DAN KEPASTIAN HUKUM

Pada prinsipnya perbedaan mendasar antara Perjanjian Jual Beli Energi Rezim Lama dengan Perjanjian Jual Beli Energi Rezim Baru ada pada pihak yang terlibat dalam Perjanjian Jual Beli Energi tersebut. Sebagaimana telah diuraikan di bab sebelumnya, Perjanjian Jual Beli Energi Rezim Lama merupakan perjanjian

-
- (e) ¹⁴⁰ to the maximum extent permitted by the financing documents, give preference to the use of construction equipment and other equipment, materials and products produced and manufactured in Indonesia;
 - (f) to the maximum extent permitted by the financing documents, give preference to the use in the performance of its obligation under this Contract to Indonesia labor (both skilled and unskilled), Indonesia supervisory, professional and other personnel, Indonesian services and Indonesian contractors;
 - (g) use, in respect of any insurance policies required by Appendix IV of this Contract, Indonesian insurance companies, brokers and agents; and
 - (h) use Indonesian importers, agents and freight forwarders.

tripartit dengan adanya Pertamina sebagai pemilik uap panas bumi, Penjual sebagai 'penghantar energi' dan PLN sebagai Pembeli. Sejak 2003 Perjanjian Jual Beli Energi Rezim Baru menjadi bipartit dimana Pertamina tidak lagi menjadi pihak, namun demikian untuk Perjanjian Jual Beli Energi Rezim Lama, hak-hak dan kewajiban-kewajiban Pertamina dialihkan kepada anak perusahaannya yaitu PT Pertamina Geothermal Energy.

Salah satu faktor pembeda terpenting antara Perjanjian Jual Beli Energi Rezim Lama dengan Rezim Baru adalah adanya kepastian hukum yang jelas bagi pihak Penjual karena selain mendapatkan Perjanjian Jual Beli Energi Rezim Lama, Penjual juga mendapatkan dalam bentuk *Comfort Letter* (dukungan Pemerintah) yang mewajibkan Pemerintah untuk menyebabkan PLN (dan juga Pertamina di bawah Perjanjian Operasi Bersama) untuk memenuhi dan melakukan kewajibannya dengan baik berdasarkan perjanjian Perjanjian Jual Beli Energi Rezim Lama dan Perjanjian Operasi Bersama. Sementara itu dalam Perjanjian Jual Beli Energi Rezim Baru tidak diatur secara jelas tentang skema pemberian penjaminan oleh Pemerintah kepada Penjual, apalagi proses pemberian Jaminan/Dukungan Pemerintah bagi proyek-proyek yang memerlukannya saat ini berlangsung sangat seletif ditambah proses administrasi dan persetujuan yang cukup panjang (persetujuan DPR atas penjaminan proyek tersebut adalah wajib).

Perjanjian Jual Beli Energi Rezim Lama dan Rezim Baru memiliki kesamaan dalam masalah tidak jelasnya pelaksanaannya dan proses mendapatkan persetujuan atas harga jual energi yang akan dijual ke PLN, padahal masalah ini merupakan substansi dari Perjanjian Jual Beli Energi. Sebagai contoh adalah tidak adanya kepastian berapa lama Menteri ESDM akan mengeluarkan persetujuan atas usulan harga jual listrik yang diajukan oleh PLN setelah melakukan perundingan harga jual listrik dengan Pengembang Swasta. Hal ini tentunya mengurangi kepastian hukum dalam Perjanjian Jual Beli Energi sehingga menambah profil resiko dalam persepsi Penjual saat berhadapan dengan PLN dalam penyusunan Perjanjian Jual Beli Energi.

Kesamaan lainnya antara Perjanjian Jual Beli Energi Rezim Lama dan Rezim Baru adalah apabila terjadi peristiwa di luar perkiraan para pihak (seperti berlarut-larutnya pemberian persetujuan oleh Menteri ESDM), maka para pihak dapat melakukan penyesuaian seperlunya untuk menjaga nilai keekonomian Proyek pusat listrik tenaga bumi, termasuk menyesuaikan jadwal pembangunan dengan keharusan menyesuaikan harga jual energi akibat depresiasi, kenaikan material/komponen penting dalam konstruksi (seperti harga baja di dunia), biaya tenaga kerja, fluktuasi nilai tukar mata uang asing dengan Rupiah dan berbagai hal lainnya, termasuk jangka waktu Perjanjian Jual Beli Energi akan disesuaikan seperlunya agar Pengembang Swasta memiliki waktu yang cukup untuk menyelesaikan pembangunan pusat listrik tenaga panas bumi.

Secara umum Perjanjian Jual Beli Energi Rezim Lama dan Baru memiliki kemiripan seperti dalam satu contoh pada Perjanjian Jual Beli Energi Rezim Baru yang dibuat tahun 2007 oleh PLN dengan salah satu Penjual. Pasal-pasal dalam amandemen atas Perjanjian Jual Beli Energi Rezim Lama ternyata masih mengadopsi ketentuan dalam Perjanjian Jual Beli Energi Rezim Lama walaupun telah sedikit modifikasi, yaitu dengan belum diaturnya batas waktu yang jelas untuk pemenuhan kondisi prasyarat (*conditions precedent*) agar kontrak menjadi efektif.

Ketiadaan aturan yang jelas mengatur batas waktu pemenuhan kondisi prasyarat juga memberikan masalah lain yaitu apakah salah satu pihak dapat melakukan pemutusan perjanjian sepihak dengan dalil bahwa pihak lainnya telah cidera janji karena tidak berhasil memenuhi kewajiban kontraknya dalam pasal pemenuhan kondisi prasyarat sehingga kepastian hukum tidak terakomodasikan dengan baik dalam Perjanjian Jual Beli Energi.

Kesamaan lainnya antara Perjanjian Jual Beli Energi Rezim Lama dengan Rezim Baru dalam mewujudkan keadilan dan kepastian hukum adalah masalah penetapan kejadian kahar (*Force Majeure*). Apabila Perjanjian Jual Beli Energi Rezim Baru tetap mengikuti pengaturan masalah *kejadian kahar (Force Majeure)*

dalam Perjanjian Jual Beli Energi Rezim Lama, maka sebenarnya sejak saat ini PLN sudah harus menyiapkan dirinya apabila terjadi kejadian tindakan Pemerintah, maka kemungkinan besar PLN akan menuai gugatan dari para Penjual.

Sebagian besar profil resiko dalam Perjanjian Jual Beli Energi Rezim Lama dan Rezim Baru masih sama dan hingga saat ini belum ada upaya untuk melakukan kajian agar Perjanjian Jual Beli Energi Rezim Baru memiliki profil resiko yang lebih *manageable* dan *acceptable* bagi PLN namun *bankable* bagi Penjual sehingga dapat memudahkan Penjual dalam melakukan pencarian pinjaman/pembiayaan atas Proyek tersebut.

Pemerintah hingga saat ini seolah-olah masih setengah hati dalam mendukung pengembangan panas bumi sebagai salah satu alternatif terbaik pengganti energi fosil (minyak, gas dan batubara) dalam membangkitkan tenaga listrik, padahal sebagaimana diketahui Indonesia memiliki potensi panas bumi terbesar di dunia dan dapat memperoleh *carbon credit* dalam jumlah yang cukup signifikan bila pusat listrik panas bumi dikembangkan secara optimal dalam waktu ke depan.¹⁴¹

Kesamaan yang menurut kami masih terdapat Perjanjian Jual Beli Energi Rezim Lama dan Rezim Baru adalah masih tetap dimasukkannya resiko yang bersifat kualitatif (seperti tindakan Pemerintah) ke dalam Perjanjian Jual Beli Energi sehingga upaya untuk mengurangi persepsi resiko di mata Penjual tidak akan berhasil dan ujungnya adalah PLN akan dihadapkan pada kewajiban membeli harga energi listrik yang relatif tinggi.¹⁴²

Seharusnya profil resiko yang diatur alokasinya dalam Perjanjian Jual Beli Energi adalah memfokuskan resiko pada masalah *geothermal resources* yang

¹⁴¹ GTZ, "Energy Policy Framework Conditions for Electricity Markets and Renewable Energies - 16 Country Analyses", Eschborn, November 2009

¹⁴² PA Consulting, *Final Report: Development of Public Private Partnership Central Unit and Its Network Technical Assistance*, Jakarta 19 Desember 2008.

bersifat teknis panas bumi¹⁴³ dan bukan resiko yang kualitatif (seperti tindakan Pemerintah) sebagaimana saat ini masih dicantumkan dalam Perjanjian Jual Beli Energi sehingga dapat tercapai keadilan dan kepastian hukum bagi para pihak.

4.4 MENEMUKAN PENERAPAN ASAS KEADILAN DAN KEPASTIAN HUKUM DALAM PERJANJIAN JUAL BELI ENERGI

Terlepas dari masih adanya kekurangan di sana sini, Perjanjian Jual Beli Energi sudah cukup baik mengakomodasikan asas-asas keadilan dan kepastian hukum bagi para pihak. Hal ini terbukti dari diberikannya hak-hak dan kewajiban yang relatif seimbang di antara para pihak seperti dalam pasal *Scope and General Understanding* dimana para pihak membagi hak dan kewajiban secara adil, dimana Penjual wajib menjual energi listrik kepada Pembeli dan Pembeli wajib membeli energi listrik dari Penjual pada harga yang telah disepakati dalam Perjanjian Jual Beli Energi. Jika salah satu pihak cidera janji, maka resiko hukum yang mereka terima juga seimbang.

Demikian pula dalam pasal-pasal lain seperti pasal tentang *Term, Building, Operating and Financing of Facilities, Price, Payment, Consultation and Arbitration, Assignment, Proper Law* dan *Indemnification* sudah ada penerapan asas keadilan dan kepastian hukum sehingga para pihak memiliki rasa aman dalam melakukan kewajiban masing-masing berdasarkan Perjanjian Jual Beli Energi meskipun dalam pasal perihal *Force Majeure* dirasakan masih ada ketimpangan antara para pihak karena dibaginya resiko secara tidak seimbang antara Penjual dan Pembeli.

¹⁴³ World Energy Council, Renewable Energy Handbook, April 2004 dalam sub perihal Risk Analysis and Risk Management Perception of Risk *versus* Reality. “Renewable resources comprise different resource exploration connected risks: Geothermal energy resource must be identified, its sustainability may be influenced by reservoir degradation, well scaling, pressure drops”.

Penerapan asas keadilan dan kepastian hukum yang relatif baik dalam Perjanjian Jual Beli Energi seharusnya didorong ke arah yang lebih baik lagi karena Indonesia sebagai pemilik sumber panas bumi seharusnya tidak 'mengalah' kepada kekuatan modal asing saat melakukan negosiasi penyusunan Perjanjian Jual Beli Energi disamping Pemerintah secara progresif mengambil sebagian resiko pada awal tahap pengusahaan panas bumi (seperti dalam tahap survei pendahuluan dengan menyediakan data sumber panas bumi yang lebih *credible* dan akurat) sehingga memperkecil persepsi negatif atas resiko yang akan dipikul oleh Penjual saat melakukan pengusahaan panas bumi di Indonesia selain menyediakan dukungan Pemerintah (*Government support*) yang selektif dan progresif bagi para investor agar target pencapaian pusat listrik bumi menghasilkan 9.500 MW di tahun 2025 akan tercapai.

