



UNIVERSITAS INDONESIA

**KETERTIBAN UMUM (*PUBLIC POLICY*) DALAM PEMBATALAN
PELAKSANAAN PUTUSAN ARBITRASE ASING**

TESIS

**RANDY HERJANTO
1106151335**

**FAKULTAS HUKUM
PROGRAM MAGISTER KENOTARIATAN
JAKARTA
JANUARI 2014**



UNIVERSITAS INDONESIA

**KETERTIBAN UMUM (*PUBLIC POLICY*) DALAM PEMBATALAN
PELAKSANAAN PUTUSAN ARBITRASE ASING**

TESIS

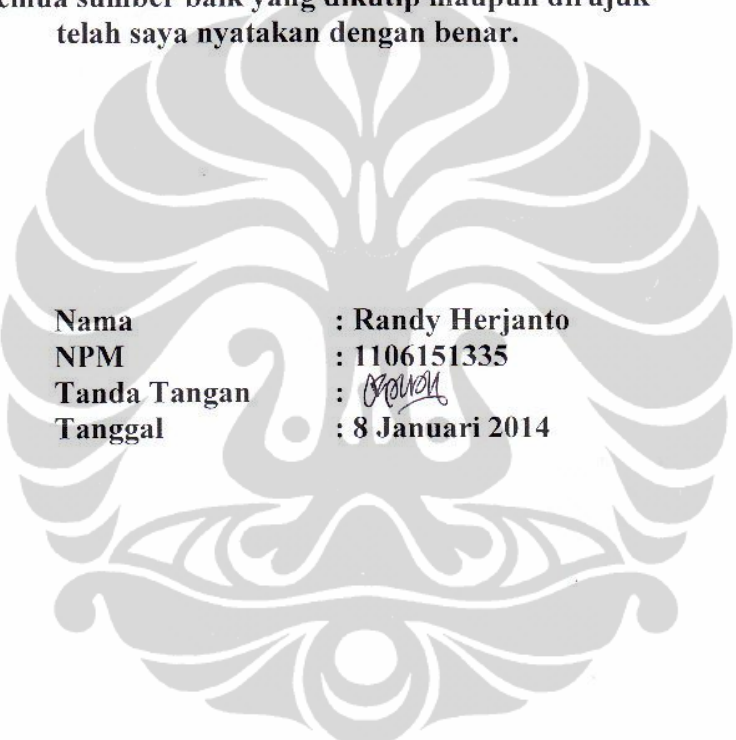
**Diajukan sebagai salah satu syarat untuk memperoleh gelar
Magister Kenotariatan**


**RANDY HERJANTO
1106151335**

**FAKULTAS HUKUM
PROGRAM MAGISTER KENOTARIATAN
JAKARTA
JANUARI 2014**

HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS

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



Nama : Randy Herjanto
NPM : 1106151335
Tanda Tangan : 
Tanggal : 8 Januari 2014

HALAMAN PENGESAHAN

Tesis ini diajukan oleh

Nama : Randy Herjanto

NPM : 1106151335

Program Studi : Magister Kenotariatan

Judul Tesis : Ketertiban Umum (*Public Policy*) Dalam Pembatalan Pelaksanaan Putusan Arbitrase Asing

Telah berhasil dipertahankan di hadapan Dewan Penguji dan diterima sebagai bagian persyaratan yang diperlukan untuk memperoleh gelar Magister Kenotariatan pada Program Studi Magister Kenotariatan, Fakultas Hukum, Universitas Indonesia.

DEWAN PENGUJI

Pembimbing : Prof. Hikmahanto Juwana, SH., LL.M., Ph.D. (

Penguji : Dr. Drs. Widodo Suryandono, SH., MH. (

Penguji : Wenny Setiawati, SH., M.LI (

Ditetapkan di : Jakarta

Tanggal : 8 Januari 2014

KATA PENGANTAR

Puji syukur kepada Tuhan Yang Maha Esa, karena atas berkat dan rahmat-Nya, saya diberikan kesempatan untuk menyelesaikan tesis ini, sebagai syarat untuk mencapai gelar Magister Kenotariatan, Fakultas Hukum Universitas Indonesia. Socrates pernah mengatakan bahwa *“the only true wisdom is in knowing you know nothing.”* Semakin saya mencari ilmu semakin saya menyadari bahwa saya tidak tahu, maka tanpa bantuan dan bimbingan dari berbagai pihak, dari masa perkuliahan sampai pada penyusunan tesis ini, saya tidak akan dapat menyelesaikan tulisan ini.

Menyadari sepenuhnya bahwa tesis ini masih jauh dari sempurna dan mengingat adanya keterbatasan pengetahuan dan kemampuan saya, saya berharap tesis ini dapat memperoleh kritik dan saran yang konstruktif dari masyarakat luas. Pada kesempatan ini, saya ingin menyampaikan ucapan terima kasih yang sebesar-besarnya kepada pihak-pihak yang turut serta membantu baik dalam doa maupun dukungan dalam menyelesaikan tesis ini. Ucapan terima kasih tersebut saya sampaikan kepada:

1. Prof. Hikmahanto Juwana, SH., LL.M., Ph.D., yang telah meluangkan waktu, pikiran dan tenaga, juga dengan sabar memberikan inspirasi, pengarahan dan bimbingannya dalam penyusunan tesis ini.
2. Ketua Program Magister Kenotariatan Bapak Dr. Widodo Suryandono, Ibu Wismar Ain Marzuki MH., Bapak Sukiman, Bapak Kasir dan seluruh staff sekretariat Magister Kenotariatan yang dengan bantuan dan karyanya saya dapat menyelesaikan perkuliahan dan tesis ini.
3. Seluruh dosen program Magister Kenotariatan, Fakultas Hukum Universitas Indonesia yang telah membagi ilmu pengetahuan, pengalaman, motivasi serta dukungan dan bimbingannya semasa masa perkuliahan.
4. Keluarga saya tercinta, ayahanda Hendro Heryanto dan ibunda Linda Herawati, kakak saya Esther Pascalia, koko Linsah Rianto dan keponakan-keponakan saya Aurelia dan Elaine yang selalu memberikan kasih sayang berlimpah, dukungan baik moril maupun materil, dan tidak lupa kepada Michelle yang setia menemani saya terutama dalam masa penyusunan tesis ini.
5. Ratna Mariana dan keluarga serta Jolie yang berkat doa dan dukungannya memberikan saya semangat menyelesaikan tulisan ini.
6. Seluruh staff Kantor Notaris Linda Herawati yang selalu mendukung dan memberikan saya motivasi.

7. Semua sahabat-sahabat baik saya, terutama kepada Arnold W. Oking dengan dukungannya saya bisa menyelesaikan tesis ini, juga kepada Daniel O. Muliawan serta Ricky U.P., Seo Dani Sena, Brian Genessa, Kris Putra Salim dan Anthony Oking yang selalu memberikan dukungan penuh serta semangat untuk menyelesaikan tesis ini.
8. Sahabat-sahabat seperjuangan saya Hendra Supardi Johan, Stephen, Evan Richardo, Aldilla Stephanie Suwana, Jane Miranda Gasali, Daniyanti, Lydia Florencia, Veronika, Wita Anjani, Ayu W.E.S., dan Viondi Yunatan yang selalu memberikan bantuan dan semangat kepada saya, serta tidak lupa semua sahabat Magister Kenotariatan Salemba angkatan 2011, yang telah bersama-sama berkarya dan berjuang.
9. Semua pihak yang telah membantu dengan doa dan dukungan yang tidak dapat disebut satu persatu.

Semoga tesis ini dapat memberikan manfaat yang positif bagi perkembangan ilmu pengetahuan dan dalam masyarakat.

Jakarta, 8 Januari 2014

Randy Herjanto

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

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

Nama : Randy Herjanto
NPM : 1106151335
Program Studi : Magister Kenotariatan
Fakultas : Hukum
Jenis Karya : Tesis

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


Ketertiban Umum (*Public Policy*) Dalam Pembatalan Pelaksanaan Putusan Arbitrase Asing

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

Demikian pernyataan ini saya buat dengan sebenarnya.

Dibuat di : Jakarta
Pada tanggal : 8 Januari 2014

Yang Menyatakan


(.Randy..Herjanto.....)

ABSTRAK

Nama : Randy Herjanto
Program Studi : Magister Kenotariatan
Judul : Ketertiban Umum (*Public Policy*) Dalam Pembatalan Pelaksanaan Putusan Arbitrase Asing

Tesis ini membahas penggunaan Ketertiban Umum (*Public Policy*) untuk membatalkan putusan arbitrase asing yang diatur di dalam Pasal V (2) *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award* 1958. Pelaksanaan putusan arbitrase merupakan hal krusial karena eksekusi putusan merupakan esensi diadakannya arbitrase. Tiap-tiap negara memberlakukan Ketertiban Umum (*Public Policy*) secara berbeda, termasuk Indonesia yang belum memiliki konsensus melihat lingkup Ketertiban Umum (*Public Policy*). Antara Pengadilan Negeri dan Mahkamah Agung memiliki konsepsi berbeda mengenai Ketertiban Umum (*Public Policy*) Indonesia. Hal ini menjadi sebuah problema dimana pihak yang dikalahkan menggunakan alasan Ketertiban Umum (*Public Policy*) untuk menunda atau membatalkan eksekusi putusan.

Kata kunci:

Ketertiban Umum (*Public Policy*), Putusan Arbitrase Asing, *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award* 1958

ABSTRACT

Name : Randy Herjanto
Study Program : Master of Notary
Judul : Public Policy in the Annulment of Enforcement of Foreign Arbitral Awards

This thesis is aimed to prescribe the practice of using Public Policy doctrine to annul foreign arbitral awards as were allowed under Article V (2) of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award 1958. The enforcement of an award is crucial and essential to arbitration proceedings. Different states will treat Public Policy differently, including Indonesia whom has yet to reach a consensus in defining what Public Policy should be used in foreign arbitration award enforcement. There are still discrepancy between Indonesian District Court and Supreme Court on the matter of what constitutes as Indonesian Public Policy. These discrepancies created a gaping loophole which are exploited by the party (parties) to delay or to annul the enforcements of the foreign arbitration award.

Key words:

Public Policy, Foreign Arbitration Award, the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award 1958

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL.....	i
HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS.....	ii
HALAMAN PENGESAHAN.....	iii
KATA PENGANTAR.....	iv
PERNYATAAN PERSETUJUAN PUBLIKASI KARYA ILMIAH.....	vi
ABSTRAK.....	vii
DAFTAR ISI.....	viii
1. PENDAHULUAN.....	1
1.1 Latar Belakang Masalah.....	1
1.2 Pokok Permasalahan.....	8
1.3 Metode Penelitian.....	8
1.4 Sistematika Penulisan.....	10
2. KETERTIBAN UMUM (<i>PUBLIC POLICY</i>) DALAM DOKTRIN.....	12
2.1 Ketertiban Umum (<i>Public Policy</i>) Dalam Doktrin.....	12
2.1.1 <i>Lex Mercatoria</i> Sebagai Pilihan Hukum dalam Arbitrase.....	14
2.1.2 Pengertian Ketertiban Umum (<i>Public Policy</i>) dalam Pelaksanaan Putusan Arbitrase.....	17
2.1.3 Konsepsi Konvensi New York 1958, <i>Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award</i>	24
2.1.4 Ketertiban Umum (<i>Public Policy</i>) Domestik, Internasional dan Transnasional	27
2.1.5 Doktrin <i>Second Look</i>	30
2.2 Ketertiban Umum (<i>Public Policy</i>) di Indonesia Sebagai Dasar Pembatalan Putusan Arbitrase Asing.....	32
2.2.1 Pembatalan Putusan Arbitrase Asing dalam UU No 30 Tahun 1999	37
2.2.2 Ketertiban Umum (<i>Public Policy</i>) dalam Kitab Undang-undang Hukum Perdata (<i>Burgerlijk Wetboek</i>).....	41
2.2.3 Pluralisme Ketertiban Umum (<i>Public Policy</i>) Dalam Hukum Indonesia	43
3. PENERAPAN KETERTIBAN UMUM (<i>PUBLIC POLICY</i>) DI INDONESIA.....	46
3.1 <i>PT. Pertamina EP, PT. Pertamina v. PT. Lirik Petroleum</i>	47
3.2 <i>Karaha Bodas Company LLC v. Pertamina</i>	58
3.3 <i>Harvey Nichols and Company Limited v. PT. Hamparan Nusantara dan PT. Mitra Adiperkasa, Tbk</i>	62
4. PENUTUP	72
4.1 Simpulan.....	72
4.2 Saran	74
DAFTAR PUSTAKA	76

BAB 1 PENDAHULUAN

1.1 Latar Belakang Masalah

Perdagangan merupakan pendorong perkembangan ekonomi suatu negara. Semakin pesatnya perdagangan otomatis akan mendorong peningkatan pertumbuhan ekonomi dan karenanya pesatnya perkembangan perdagangan harus diiringi dengan sistem hukum yang efektif dan efisien untuk dapat melindungi para pelaku perdagangan. Seiring dengan pesatnya perkembangan perdagangan antar masyarakat, otomatis timbul pula sengketa perdagangan yang juga membutuhkan solusi yang efisien dan efektif.

Perkembangan teknologi juga mengiringi perkembangan perdagangan, yang memungkinkan seorang pelaku dagang untuk melakukan transaksi bukan hanya secara regional tetapi secara global (*global trade*). Negara-negara berkembang harus dapat mengakomodir *global trade* karena selain menciptakan lapangan kerja, investasi dan pendapatan, fenomena *global trade* ini mendorong pertumbuhan taraf hidup suatu negara. Semakin banyaknya perdagangan otomatis juga memperbanyak sengketa-sengketa yang harus diselesaikan oleh lembaga yudikatif suatu negara sebagai penegak hukum dan upaya terakhir dalam memulihkan hak-hak dari pihak yang dirugikan. Dengan semakin banyaknya sengketa hukum yang harus diadili oleh lembaga yudikatif (pengadilan), hal tersebut membuat kinerja pengadilan cenderung menjadi lambat dengan adanya berbagai tingkat banding yang dengan kata lain membutuhkan waktu yang panjang dan biaya yang mahal juga.¹

Pelaku perdagangan membutuhkan suatu solusi yang cepat dan tepat jika terjadi suatu sengketa, karena dengan derasnya kompetisi global, solusi hukum yang memakan waktu lama menjadi sebuah kerugian; kerugian yang disebabkan hilangnya waktu dan

¹ Ade Maman Suherman, *Aspek Hukum Dalam Ekonomi Global*, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 2002), hlm 30.

dana yang cukup besar untuk beracara di pengadilan, maka dari itu para pelaku perdagangan membutuhkan suatu solusi yang efisien.

Terdapat juga suatu masalah dalam *global trade* yakni mengenai lintas yurisdiksi hukum (*cross jurisdiction*). Dengan adanya perdagangan dalam skala global biasanya timbul permasalahan-permasalahan baru, misalnya subjek hukum yang tunduk pada sistem hukum yang berbeda, objek dagang serta cara pembayaran yang dilakukan melintasi berbagai wilayah yurisdiksi hukum. Permasalahan-permasalahan tersebut timbul seiring dengan semakin majunya teknologi pendukung dalam perdagangan.

Solusinya adalah dengan menggunakan *Alternative Dispute Resolution* sebagai lembaga yang ditunjuk untuk menyelesaikan sengketa. *Alternative Dispute Resolution* merupakan lembaga penyelesaian sengketa alternatif selain lewat jalur pengadilan, yang mencakup konsultasi, negosiasi, mediasi, konsiliasi, penilaian ahli dan arbitrase. Penggunaan *Alternative Dispute Resolution* untuk penyelesaian sengketa lebih menguntungkan dibandingkan dengan penggunaan jalur litigasi karena berbagai faktor, antara lain:²

- i. faktor ekonomis: *Alternative Dispute Resolution* memiliki prosedur yang cepat sehingga menghemat biaya dan waktu yang harus dikeluarkan oleh para pihak, kekuatan putusan arbitrase adalah final dan mengikat (*legal and binding*) sehingga tidak ada lagi tingkat banding dan dengan demikian solusi diberikan pada saat putusan dikeluarkan;
- ii. faktor ruang lingkup yang dibahas: agenda yang dibahas serta aturan main dapat ditentukan sendiri oleh para pihak sehingga penyelesaian sengketa lebih komprehensif dan fleksibel;
- iii. faktor pembinaan hubungan baik: *Alternative Dispute Resolution* menggunakan cara penyelesaian sengketa yang menekankan hubungan baik antara para pihak, serta keputusan yang bersifat konfidensial dapat melindungi privasi para pihak yang bersengketa;

² Suyud Margono, *ADR & Arbitrase, Proses Pelembagaan dan Aspek Hukum*, (Bogor: Ghalia Indonesia, 2004), hlm 39-41.

Diantara semua jenis *Alternative Dispute Resolution*, arbitrase merupakan pilihan yang sering digunakan dalam dunia perdagangan karena memiliki beberapa keunggulan dibandingkan jenis *Alternative Dispute Resolution* lainnya, serta arbitrase juga memiliki keunggulan dibandingkan litigasi pengadilan. Keunggulan tersebut dapat dilihat dari sifat pribadi dalam arbitrase. Dalam arbitrase, para pihak yang menentukan arbiter sebagai hakim dalam penyelesaian sengketa, sehingga hakim bersifat lebih netral dan lebih ahli dalam pokok sengketa yang ditanganinya. Proses arbitrase juga lebih cepat dibandingkan litigasi pengadilan karena aturan penyelesaian sengketa diatur sendiri oleh para pihak. Putusan arbitrase adalah final dan mengikat sehingga tidak mengenal lagi tingkat banding, sehingga menjadi lebih efisien dan ekonomis dalam menyelesaikan suatu sengketa. Para pihak juga dapat memilih yurisdiksi hukum dari sengketa tersebut, dimana hal ini sangat berpengaruh dalam penyelesaian sengketa antar pihak yang tunduk pada sistem hukum berbeda, karena dapat melindungi pihak yang tidak yakin dengan hukum dari yurisdiksi tertentu.³

Di Indonesia, pilihan *Alternative Dispute Resolution* diatur di dalam Undang-undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa (UU No 30/1999) dan menurut pasal 1 angka 1 dari UU No 30/1999, arbitrase adalah cara penyelesaian suatu sengketa perdata di luar peradilan umum yang didasarkan pada perjanjian arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa. Dengan kata lain, penyelesaian sengketa melalui arbitrase harus dipilih oleh para pihak sebagai jalan penyelesaian apabila terdapat sengketa antara para pihak yang membuatnya. Sebagai pilihan, penyelesaian sengketa melalui arbitrase dapat dilakukan pada saat perjanjian utama dibuat atau pada saat terjadinya sengketa dan kedua belah pihak memilih untuk menggunakan jalan arbitrase.

Kebebasan memilih dalam arbitrase juga memungkinkan bagi para pihak untuk memilih forum arbitrase dari yurisdiksi hukum berbeda. Salah satu forum arbitrase

³ *Ibid.*, hlm 25-26.

internasional adalah *International Chamber of Commerce* (ICC). ICC dapat menjadi forum arbitrase apabila dipilih oleh para pihak dan mengadili kasus-kasus perdata yang bersifat perdagangan. UU No 30/1999 juga mengatur mengenai putusan arbitrase internasional yakni putusan arbitrase yang diambil atau dijatuhkan suatu lembaga arbitrase diluar wilayah hukum Indonesia.⁴ Dalam prakteknya, timbul permasalahan mengenai kewenangan absolut dari lembaga arbitrase internasional dan eksekusi putusan lembaga arbitrase internasional. Indonesia sendiri telah meratifikasi berbagai konvensi untuk penerimaan, pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase asing, antara lain dengan:

- Undang-undang Nomor 5 Tahun 1968;
- Keputusan Presiden Nomor 34 Tahun 1981;
- Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 1990;

Dalam peraturan perundang-undangan tersebut terdapat asas-asas umum untuk dapat melaksanakan putusan arbitrase internasional antara lain:⁵

a. *Asas Executorial Kracht*:

Diatur dalam Pasal 2 Perma Nomor 1 Tahun 1990, yang menyamakan putusan arbitrase asing dengan putusan pengadilan yang berkekuatan hukum tetap dan karenanya putusan arbitrase tersebut dianggap mempunyai kekuatan eksekusi (*exekutorial kracht*). Menurut Gunawan Widjaja, setiap putusan arbitrase asing haru diakui keabsahannya (*recognize*) dan harus dijalankan eksekusinya (*enforcement*). Tetapi pengadilan juga dapat menolak melaksanakan eksekusi dari putusan arbitrase asing dengan alasan-alasan tertentu yang terdapat dalam Pasal V Konvensi New York 1958 (*Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958*).

b. *Asas Resiprositas* (pasal 1 ayat 3 Konvensi new York 1958):

Bahwa putusan arbitrase asing hanya bisa diakui oleh Indonesia apabila dikeluarkan oleh lembaga arbitrase suatu negara yang terikat dengan suatu Konvensi Internasional mengenai pelaksanaan putusan arbitrase asing.

⁴ Gunawan Widjaja, *Arbitrase VS. Pengadilan, Persoalan Kompetensi (Absolut) yang Tidak Pernah Selesai*, (Jakarta: Kencana, 2008), hlm 30.

⁵ *Ibid*, hlm 48-58.

c. Asas Pembatasan:

Pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase asing hanya terhadap kasus-kasus yang termasuk dalam ruang lingkup hukum dagang di Indonesia. Asas ini memberi batasan bahwa pengakuan putusan arbitrase asing di Indonesia hanya terhadap kasus-kasus perdagangan, sementara rana hukum lainnya tidak dapat dilakukan melalui arbitrase.

d. Asas Ketertiban Umum (*Public Policy*):

Menurut Sudargo Gautama, Ketertiban Umum (*Public Policy*) merupakan suatu hal penting yang bekerja sebagai “rem darurat” untuk menjauhkan berlakunya hukum asing yang bertentangan dengan hukum nasional. Hal ini tercermin dari Pasal V ayat 2 huruf b Konvensi New York 1958 “*the recognition or enforcement of the award would be contrary to the Public Policy*”, yang artinya adalah pengakuan atau pelaksanaan putusan tidak boleh bertentangan dengan Ketertiban Umum (*Public Policy*). Apabila suatu putusan arbitrase internasional bertentangan dengan Ketertiban Umum (*Public Policy*), maka putusan tersebut tidak dapat di eksekusi. Ketertiban Umum (*Public Policy*) merupakan suatu asas yang seringkali digunakan untuk membatalkan suatu putusan arbitrase asing sebagaimana dapat dilihat dari kasus-kasus yang akan dibahas dalam tesis ini. Konsepsi Ketertiban Umum (*Public Policy*) sendiri berbeda-beda dari tiap negara dan terkait tempat dan waktu. Dalam kondisi yang berbeda, maka Ketertiban Umum (*Public Policy*) dapat diartikan berbeda. Sudargo Gautama menyimpulkan bahwa *Public Policy* mempunyai hubungan erat dengan pertimbangan-pertimbangan politis, sehingga *policy making* mempunyai hubungan penting dalam pengertiannya.⁶ Oleh karena pengertian Ketertiban Umum (*Public Policy*) yang berubah-ubah (tidak ada kepastian), asas ini dapat menjadi halangan dari kelancaran pengakuan dan pelaksanaan eksekusi putusan arbitrase internasional.

e. Asas Separabilitas:

⁶ Sudargo Gautama, *Pengantar Hukum Perdata Internasional Indonesia*, (Bandung: Binacipta, 1987), hlm 133-135.

Dengan adanya klausula arbitrase dalam suatu perjanjian yang disepakati para pihak, maka terjadi sebuah perjanjian arbitrase yang berdiri sendiri di dalamnya. Doktrin separabilitas menyatakan bahwa perjanjian arbitrase yang dibuat sebagai suatu bagian dari sebuah perjanjian, tidak akan dianggap tidak berlaku atau tidak dapat dilaksanakan karena batalnya perjanjian pokoknya. Sementara konsepsi separabilitas menunjang doktrin tersebut dengan melihat klausula arbitrase sebagai suatu bagian yang terpisah dari perjanjian pokoknya, berarti berakhirnya perjanjian tersebut atau hapusnya perjanjian pokok tidak berarti berakhirnya/batalnya klausula arbitrase yang terdapat di dalam perjanjian pokok. Klausula arbitrase dianggap sebagai perjanjian yang berbeda dan berdiri sendiri.

Dalam praktek di Indonesia, seringkali pihak yang dikalahkan dalam putusan arbitrase asing mencoba menghambat pelaksanaan/eksekusi (*enforcement*) dan bahkan mencoba untuk membatalkan putusan arbitrase asing. Walau telah meratifikasi Konvensi New York tahun 1958, pada prakteknya melakukan eksekusi putusan arbitrase asing di Indonesia tidak bisa dilakukan secara efisien. Pihak yang berkepentingan dapat meminta kepada Pengadilan untuk membatalkan putusan arbitrase asing dan dengan demikian putusan tersebut tidak bisa di eksekusi di Indonesia. Hal tersebut membuat putusan arbitrase asing kehilangan unsur final dan mengikat karena pihak yang dimenangkan harus kembali beracara di pengadilan untuk mempertahankan putusan arbitrase asing tersebut.⁷ Salah satu alasan utama yang seringkali digunakan untuk menghambat dan/atau mengagalkan *enforcement* adalah Ketertiban Umum (*Public Policy*). Konsep Ketertiban Umum (*Public Policy*) yang tidak dapat definisikan memberikan hasil putusan Pengadilan yang tidak konsisten terhadap pelaksanaan putusan arbitrase asing.

Dengan beracara kembali di pengadilan untuk mempertahankan putusan arbitrase asing, faktor ekonomis dari penggunaan lembaga arbitrase yang diinginkan oleh para pihak yang bersengketa, serta jaminan penggunaan pilihan hukum, menjadi

⁷ Hikmahanto Juwana dan Colin Y.C. Ong, *Clash of Legal Cultures in Arbitration*, Seminar Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 31 Oktober 2012.

semu dan tidak efektif. Para pihak harus kembali beracara di pengadilan (hal yang sebenarnya dihindari dengan klausula arbitrase) dan hanya menggunakan hukum Indonesia (kebebasan pilihan hukum lain menjadi tidak signifikan karena para pihak beracara di pengadilan negeri dengan hukum acara Indonesia). Prosedur ini menjadi hambatan dalam susahnyanya mengeksekusi putusan arbitrase asing. Hambatan ini menjadi sebuah kerugian kepada Indonesia apabila investor luar negeri ingin berinvestasi di Indonesia, karena ketidak pastian dalam pelaksanaan eksekusi bisa merugikan kepentingan investor (dan dalam korelasinya, merugikan perkembangan ekonomi negara). Pihak yang dikalahkan menggunakan susahnyanya prosedur eksekusi ini untuk mengulur waktu dan dengan demikian merugikan pihak yang dimenangkan dalam putusan arbitrase (salah satu contoh hilangnya faktor ekonomis arbitrase).

Seringkali, sebagaimana di jelaskan diatas, pihak yang dikalahkan menggunakan alasan bahwa putusan arbitrase asing melanggar Ketertiban Umum (*Public Policy*) Indonesia dan dengan demikian tidak dapat di eksekusi. Ketidak pastian dari apa yang dimaksud dengan Ketertiban Umum (*Public Policy*), digunakan oleh pihak yang dikalahkan sebagai sebuah *loophole* dimana penggunaan hukum asing dapat saja selalu dianggap sebagai melanggar Ketertiban Umum (*Public Policy*). Sebagaimana dikatakan Sudargo Gautama, bahwa penggunaan Ketertiban Umum (*Public Policy*) dapat menghambat perkembangan hukum perdata internasional suatu negara,⁸ eksploitasi penggunaan asas Ketertiban Umum (*Public Policy*) untuk menghambat eksekusi putusan arbitrase asing akan menghambat dinamika perkembangan *global trade* Indonesia.

Berdasarkan penjelasan di atas, penulis menulis tesis dengan judul **KETERTIBAN UMUM (*PUBLIC POLICY*) DALAM PEMBATALAN PELAKSANAAN PUTUSAN ARBITRASE ASING.**

⁸ Sudargo Gautama, *Pengantar Hukum Perdata Internasional Indonesia*, (Bandung: Binacipta, 1987), hlm 134.

1.2. Pokok Permasalahan

1. Bagaimanakah pengertian terhadap doktrin Ketertiban Umum (*Public Policy*)?
2. Bagaimanakah Ketertiban Umum (*Public Policy*) diterapkan di Indonesia sebagai dasar pembatalan putusan arbitrase asing?
3. Bagaimanakah penerapan Ketertiban Umum (*Public Policy*) dalam contoh kasus:
 - Pertamina v. PT. Lirik Petroleum;
 - Karaha Bodas Company LL.C v. Pertamina; dan
 - Harvey Nichols Co. Ltd v. PT. Hamparan Nusantara, PT. Mitra Adiperkasa Tbk.?

1.3. Metode Penelitian

Bentuk penelitian yang dilakukan oleh penulis merupakan penelitian kepustakaan atau normatif. Penelitian hukum normatif atau kepustakaan adalah metode atau cara yang dipergunakan di dalam penelitian hukum yang dilakukan dengan cara meneliti bahan pustaka yang ada. Penelitian ini didasarkan pada peraturan perUndang-undangan sebagai hukum tertulis dan juga dilengkapi dengan bahan kepustakaan.

Tipologi Penelitian yang dilakukan akan menggunakan jenis preskriptif analitis (memberikan solusi) terhadap problematika pembatalan/penundaan pelaksanaan putusan arbitrase asing di Indonesia dan kaitannya dengan Ketertiban Umum (*Public Policy*). Penelitian ini adalah penelitian yang bertujuan sebagai *problem solution*, yaitu suatu penelitian yang bertujuan memberikan jalan keluar dan saran pemecahan masalahnya.⁹ Penelitian ini mencari jawaban dan memberikan solusi atas problematika pembatalan/penundaan pelaksanaan putusan arbitrase asing di Indonesia dan kaitannya dengan Ketertiban Umum (*Public Policy*).

⁹ Sri Mamudji, *et al.*, *Metode Penelitian dan Penulisan Hukum*, (Jakarta:Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2005), hlm.4-5.

Jenis data yang dikumpulkan dalam penelitian ini adalah jenis data sekunder. Data sekunder adalah data yang diperoleh dari kepustakaan yang terdiri dari:¹⁰

- i. bahan hukum primer;
- ii. bahan hukum sekunder; dan
- iii. bahan hukum tersier.

Jenis data sekunder digunakan dalam penulisan tesis ini karena penelitian ini berbentuk penelitian normatif yang didasarkan pada hukum tertulis yang didukung oleh teori-teori yang diambil dari kepustakaan. Jenis-jenis Data sekunder dalam penelitian ini:¹¹

- i. bahan hukum primer, yaitu bahan hukum yang mengikat, bersumber dari peraturan perundang-undangan. Dalam penelitian ini penulis menggunakan Undang-undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958*, Undang-undang Nomor 5 Tahun 1968, Keputusan Presiden Nomor 34 Tahun 1981, Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 1990, dan peraturan-peraturan lainnya yang berkaitan dengan tesis ini;
- ii. bahan hukum sekunder, yaitu bahan hukum yang memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer. Dalam penelitian ini penulis menggunakan buku, jurnal hukum, makalah, serta artikel yang berkaitan dengan lingkup arbitrase;
- iii. bahan hukum tersier, yaitu bahan hukum yang memberikan petunjuk maupun penjelasan terhadap bahan hukum primer dan sekunder. Dalam penelitian ini penulis menggunakan kamus-kamus bahasa Indonesia, kamus-kamus bahasa Inggris dan kamus-kamus hukum seperti *Black's Law Dictionary*.

Alat pengumpulan data yang digunakan penulis adalah studi dokumen, dan penelusuran literatur.¹² Studi dokumen merupakan suatu alat pengumpulan data melalui

¹⁰ *Ibid.*, hlm 28.

¹¹ Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, (Jakarta: UI-Press, 1986), hlm. 52.

¹² *Ibid.*, hlm. 21.

data tertulis dengan mempergunakan *content analysis*, Studi dokumen dilakukan untuk merumuskan kerangka teori, kerangka konsep dan pengertian-pengertian dari *Public Policy*.

Metode analisis data yang penulis gunakan adalah metode kualitatif. Untuk penelitian hukum normatif, penyajian data dilakukan sekaligus dengan analisisnya. Penulis menggunakan metode kualitatif dengan tujuan untuk memaknai sendiri gejala yang diteliti.¹³ Dilakukan dengan cara dari data yang diperoleh kemudian disusun secara sistematis kemudian dianalisa secara kualitatif untuk dimaknai masalah yang akan dibahas dan kemudian diberikan analisis serta solusi masalah.

Bentuk hasil penelitian tesis ini adalah preskriptif analitis mengikuti tipologi penelitian, juga disesuaikan dengan bentuk penelitian yuridis normatif dan metode analisis data kualitatif, oleh karenanya memberikan solusi terhadap permasalahan.

1.4 Sistematika Penulisan

Sistematika penulisan ini bertujuan untuk memberikan gambaran secara garis besar tentang hal-hal yang akan dikemukakan oleh penulis dalam tesis ini. Sistematika penulisan ini dibagi dalam empat bab yang dapat diuraikan sebagai berikut:

BAB 1 PENDAHULUAN

Dalam bab ini, penulis menjelaskan latar belakang masalah, pokok permasalahan, metode penelitian, dan sistematika penulisan.

BAB 2 KETERTIBAN UMUM (*PUBLIC POLICY*) DALAM DOKTRIN

Dalam bab ini, penulis menjelaskan mengenai landasan teori konsep Ketertiban Umum (*Public Policy*) dan perkembangannya sebagai doktrin hukum yang akan dibagi menjadi subbab, antara lain:

- 2.1 Ketertiban Umum (*Public Policy*) Dalam Doktrin;
- 2.2 Ketertiban Umum (*Public Policy*) di Indonesia Sebagai Dasar Pembatalan Putusan Arbitrase Asing.

¹³ *Ibid.*, hlm. 68-70.

BAB 3 PENERAPAN KETERTIBAN UMUM (*PUBLIC POLICY*) DI INDONESIA

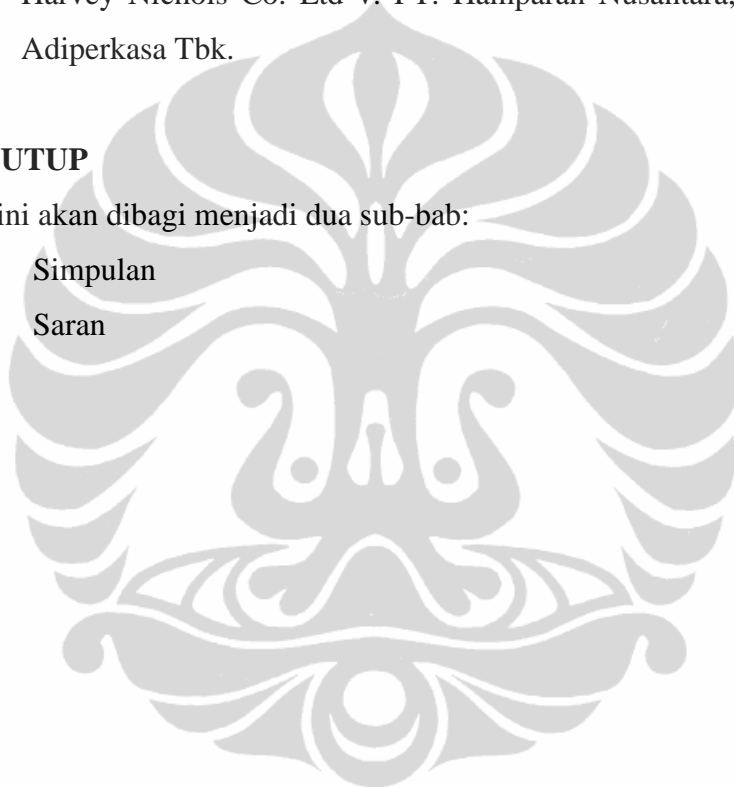
Dalam bab ini, penulis akan membahas beberapa kasus untuk menjelaskan penerapan Ketertiban Umum (*Public Policy*) di Indonesia:

- 3.1 Pertamina v. PT. Lirik Petroleum;
- 3.2 Karaha Bodas Company LL.C v. Pertamina; dan
- 3.3 Harvey Nichols Co. Ltd v. PT. Hamparan Nusantara, PT. Mitra Adiperkasa Tbk.

BAB 4 PENUTUP

Bab ini akan dibagi menjadi dua sub-bab:

- 4.1 Simpulan
- 4.2 Saran



BAB 2 KETERTIBAN UMUM (*PUBLIC POLICY*) DALAM DOKTRIN

2.1 Ketertiban Umum (*Public Policy*) Dalam Doktrin

Ketertiban Umum (*Public Policy*) merupakan konsep abstrak dari ilmu sosial yang mencakup multidisipliner dari berbagai ilmu sosial. Di satu sisi menyatakan bahwa Ketertiban Umum (*Public Policy*) bukan dianggap sebuah lembaga yang nyata, namun di sisi lain menyatakan bahwa Ketertiban Umum (*Public Policy*) ada dan terus berkembang di dalam masyarakat. Studi mengenai Ketertiban Umum (*Public Policy*) sendiri mencakup tidak hanya bidang hukum namun juga bidang ilmu sosial lainnya dan tidak mengenal satu teori yang terunifikasi dan satu definisi yang sama.¹⁴ Ketertiban Umum (*Public Policy*) juga tidak memiliki dasar serta konsep yang sama diantara semua bidang-bidang ilmu sosial. *The Oxford Handbook of Public Policy* menganggap bahwa Ketertiban Umum (*Public Policy*) merupakan “*a mood rather than a science, loosely organized body of precepts and position...more art and craft rather than genuine science.*”¹⁵

Secara luas Ketertiban Umum (*Public Policy*) dianggap sebagai suatu hal yang dilakukan atau tidak dilakukan pemerintah. Dimana pemerintah dan interaksinya dengan lingkungannya membentuk sebuah standar Ketertiban Umum (*Public Policy*) bagi subjek pemerintahannya.¹⁶ Anggapan tersebut berarti Ketertiban Umum (*Public Policy*) sangat erat hubungannya dengan pemegang kekuasaan sebagai pembentuk peraturan (*policy maker*), dan karenanya mengikuti kompleksitas perkembangan politik di suatu

¹⁴ Kevin B. Smith dan Christopher W. Larimer, *The Public Policy Theory Primer* (Westview Press: 2009) hlm. 3

¹⁵ Robert E. Goodin, *The Oxford Handbook of Political Science*, (New York: Oxford University Press 2006), <http://books.google.co.id/books?hl=en&lr=&id=MyccCgBfKaMC&oi=fnd&pg=PR5&dq=oxford+handbook+of+public+policy&ots=E1FwQ_Xlec&sig=EtUt0mnwoUByTl4s5cGbRzE5k&redir_esc=y#v=onepage&q=mood&f=false>, diunduh 31 Oktober 2013, hlm 5.

¹⁶ Michael W. Bauer et al., *Dismantling Public Policy: Preferences, Strategies and Effects*, (Oxford Scholarship Online: 2012), diunduh dari <<http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199656646.001.0001/acprof-9780199656646-chapter-9>> pada tanggal 31 Oktober 2013, hlm. 6-8.

negara. Berubahnya iklim politik suatu negara dapat merubah konsepsi Ketertiban Umum (*Public Policy*) negara tersebut.¹⁷

Dilihat dari sejarahnya perkembangan Ketertiban Umum (*Public Policy*) dimulai dari studi ilmu politik yang berawal dari *policy sciences*.¹⁸ Studi tersebut difokuskan kepada unsur-unsur yang mempengaruhi bagaimana suatu pemerintah mengambil keputusan. Robert E. Goodin dan kawan-kawan beranggapan bahwa dalam mengambil suatu keputusan, pemerintah selalu mencari nasehat-nasehat dari sekelilingnya. Otomatis keputusan yang diambil harus didasarkan pada keadaan negara tersebut pada saat keputusan diambil. Maka dari itu lingkup Ketertiban Umum (*Public Policy*) dalam suatu negara dan dalam suatu era dapat berbeda apabila dihadapkan dalam keadaan yang berbeda, walaupun terjadi dalam negara yang sama.¹⁹ Maka Ketertiban Umum (*Public Policy*) lebih condong ditujukan menjadi senjata atau tameng politik suatu pemerintah daripada sebuah kepastian hukum yang mutlak.

Dari sifat Ketertiban Umum (*Public Policy*) yang luas, abstrak dan multidisipliner, maka untuk mencari kaitan antara Ketertiban Umum (*Public Policy*) dan sebuah stelsel hukum, harus melihat dari akibat dari pengaruh Ketertiban Umum (*Public Policy*) terhadap perkembangan suatu stelsel hukum tersebut. Dalam hal ini, penulis akan melihat akibat dari Ketertiban Umum (*Public Policy*) terhadap suatu putusan arbitrase dari yurisdiksi asing. Suatu sengketa yang dihadapkan kepada badan arbitrase asing biasanya merupakan sengketa perdagangan yang berawal dari perjanjian

¹⁷ *Ibid.*, hlm.7-9

¹⁸ Robert E. Goodin, *The Oxford Handbook of Political Science*, (New York: Oxford University Press 2006) , <http://books.google.co.id/books?hl=en&lr=&id=MyccCgBfKaMC&oi=fnd&pg=PR5&dq=oxford+handbook+of+public+policy&ots=E1FwQ_Xlec&sig=EtUTt0mnwoUByTl4s5cGbRzE5k&redir_esc=y#v=onepage&q=mood&f=false>, diunduh 31 Oktober 2013, hlm. 39

¹⁹ Scott Barbakoff, *Application of the Public Policy Exception for the Enforcement of Arbitral Awards: There is No Place Like Home in Saint Mary Home, Inc. v. Service Employees nternational Union, District 1199*, Jurnal Villanova Law, Volume 43 Issue 4, diunduh dari <<http://digitalcommons.law.villanova.edu/vlr/>>, hlm. 3-8.

antara dua pihak yang berasal dari sistem dan kultur hukum yang berbeda.²⁰ Otomatis karena adanya perbedaan dari kultur hukum maka hukum yang digunakan juga berbeda antara pihak yang satu dan lainnya. Perbedaan ini yang seringkali menimbulkan masalah karena dianggap tidak sesuai dengan hukum suatu negara dan oleh karenanya melanggar Ketertiban Umum (*Public Policy*) dari negara yang bersangkutan. Tidak hanya perbedaan kultur hukum yang dapat menimbulkan permasalahan, bahkan kekosongan suatu hukum pun menimbulkan masalah yang lebih rumit pula bagi seorang arbiter dalam memberikan keputusan. Seperti diketahui dalam konsep *het recht hinkt achter de feiten aan*, hukum selalu berada di belakang kenyataan,²¹ yang memberikan celah kepada kekosongan hukum untuk terjadi dalam sebuah sengketa perdagangan internasional. Ketertiban Umum (*Public Policy*) menjadi sebuah dasar penting dalam pelaksanaan sebuah putusan arbitrase asing karena dari sifatnya yang abstrak, Ketertiban Umum (*Public Policy*) dapat diartikan lebih dari satu pengertian dan dilihat dari lebih dari satu sisi. Apabila pengertian Ketertiban Umum (*Public Policy*) pada saat itu dianggap tidak sesuai dengan suatu putusan arbitrase asing, maka putusan tersebut tidak dapat dijalankan, sehingga merugikan pihak yang dimenangkan. Untuk itu perlu juga mengetahui mengenai pilihan hukum saat seorang arbiter sedang mengadili suatu sengketa perdagangan internasional untuk melihat mengapa suatu putusan arbitrase asing dapat dianggap melanggar atau tidak melanggar Ketertiban Umum (*Public Policy*) suatu negara.

2.1.1 *Lex Mercatoria* Sebagai Pilihan Hukum dalam Arbitrase

Dilihat dari sejarahnya, apabila terjadi benturan sistem hukum, para pelaku perdagangan internasional melihat kepada sebuah norma hukum internasional untuk mengatur perjanjian tersebut. Menurut Michael Pryles “...*there is a lex mercatoria, which is developed and identifiable and capable of being applied to international*

²⁰ Gralf-Peter Calliess, *The Making of Transnational Contract Law*, *Indiana Journal Of Global Legal Studies*, Indiana University School of Law, Vol. 14: 2 (2007), hm 470-471.

²¹ Darji Darmodiharjo dan Shidarta, *Pokok-pokok Filsafat Hukum Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*, (Jakarta : PT Gramedia Pustaka Utama, 2006), hlm. 252.

transactions.”²² Penggunaan norma hukum tersebut menciptakan suatu doktrin hukum yang memungkinkan adanya suatu *lex mercatoria* sebagai dasar dari aplikasi hukum internasional terhadap sebuah perdagangan internasional. Penggunaan *lex mercatoria* sebagai sebuah hukum yang mengatur perdagangan internasional masih menjadi sebuah perdebatan. Di satu sisi menganggap *lex mercatoria* bukan merupakan suatu hukum melainkan sebuah norma karena bukan berasal dari sebuah hukum nasional yang mengikat. Di sisi lain beranggapan bahwa *lex mercatoria* timbul sebagai suatu sistem hukum yang mengatur perdagangan internasional.²³

Lord Justice Michael Mustill mengatakan bahwa *lex mercatoria* tidak seharusnya dianggap ada, melainkan hanya berupa prinsip-prinsip (norma) umum dalam perdagangan internasional.²⁴ Dalam tulisannya, Ralf Michaels membantah pernyataan Lord Justice Michael Mustill, bahwa keberadaan lembaga *lex mercatoria* bukan merupakan hal yang signifikan, tetapi apakah *lex mercatoria* dapat dianggap sebuah hukum. Beliau beranggapan bahwa “*The main issue is not the existence of lex mercatoria...It is the theoretical possibility of a law merchant, and whether it can be considered to be law.*”²⁵ Terdapat sebuah teori lain yang membahas *lex mercatoria* dari sisi kontrak. Gunther Teubner menjelaskan bahwa *lex mercatoria* sebaiknya tidak dibahas dari sisi apakah sebuah hukum yang tidak berasal dari hukum nasional adalah sebuah hukum, melainkan dilihat dari kontraknya. Teubner menjelaskan bahwa

the contract is not binding in and by itself, but neither does it require an outside (state-based) legal order to be binding. Rather the contract itself creates its own legal order, because it contains an internal hierarch: it combines primary norms

²² Michael Pryles, *Application of the Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration*, dalam *International Arbitration Report*, UNSW Law Journal, Vol. 31(1), diunduh dari <www.heinonline.org> pada tanggal 31 Oktober 2013, hlm. 319-320.

²³ Graft-Peter Calliess, *The Making of Transnational Contract Law*, Indiana Journal Of Global Legal Studies, Indiana University School of Law, Vol. 14: 2 (2007), hlm. 473-475

²⁴ Ralf Michaels, *The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State*, , Indiana Journal Of Global Legal Studies, Indiana University School of Law, Vol. 14 Nomor 2 Tahun 2007, hlm 449-450.

²⁵ *Ibid.*, hlm 450.

*on the specifically contractual rights and obligations and the secondary norms giving these primary norms their validity.*²⁶

Maka dapat diartikan bahwa dengan melihat konsep *contrat sans loi* dimana sebuah perjanjian internasional mengikat dan menjadi hukum terhadap pihak yang membuatnya (selayaknya *pacta sunt servanda*), maka sebuah perjanjian perdagangan membentuk sebuah hukum sendiri.²⁷ Oleh karenanya kumpulan hukum-hukum yang diatur dalam berbagai perjanjian-perjanjian perdagangan internasional, menjadikanya sebuah hukum.

Dalam hal terjadi benturan sistem hukum yang berbeda dalam sebuah perjanjian yang terdiri dari pihak yang berasal dari sistem hukum yang berbeda, biasanya perjanjian tersebut mencantumkan pasal khusus mengenai pilihan hukum (*choice of law*) yang menunjuk secara spesifik hukum negara mana yang berlaku dalam perjanjian yang bersangkutan. Tetapi apabila, saat terjadi sengketa, pilihan hukum yang dipilih dipertanyakan kembali oleh pihak-pihak yang bersengketa, atau pilihan hukum yang dipilih tidak dapat menjawab pokok sengketa, maka sebagai jalan tengah, biasanya para pihak memberikan arbiter kewenangan untuk menggunakan norma-norma perdagangan yang diterima secara internasional (*lex mercatoria*). Penggunaan *lex mercatoria* sendiri timbul saat tidak ditemukannya keadilan dalam stelsel hukum dalam perjanjian tersebut. Penggunaan *Lex Mercatoria* mempunyai beberapa hambatan antara lain:²⁸

- a. tidak adanya definisi umum mengenai *Lex Mercatoria*:

Lex mercatoria sering tidak dianggap sebagai hukum mengikat karena sifatnya, namun traktat-traktat internasional dan unifikasi hukum mulai digunakan untuk memberikan sebuah dasar bagi hukum internasional yang mengatur perdagangan internasional. Hal ini ternyata dari pembentukan lembaga-lembaga perdagangan internasional seperti *United Nations Institute for the Unification of Private Law* (UNIDROIT) dan *International Chamber of Commerce* (ICC);

²⁶ *Ibid.*

²⁷ *Ibid.*

²⁸ *Ibid.*

- b. Wewenang dalam penggunaan *lex mercatoria* (oleh arbiter)
- Penggunaan *lex mercatoria* dapat melanggar batasan kewenangan seorang arbiter (*ultra vires*) dalam mengambil keputusan. Biasanya apabila tidak terdapat pilihan hukum dalam sebuah sengketa, maka arbiter menggunakan norma-norma hukum internasional yang mengatur perdagangan internasional (*lex mercatoria*);
- c. Tidak diterimanya *Lex Mercatoria* oleh sebuah negara karena *lex mercatoria* dianggap bukan hukum yang sah dan mengikat.
- Hal ini sangat berpengaruh terhadap sebuah putusan arbitrase asing yang dianggap melanggar Ketertiban Umum (*Public Policy*) suatu negara, karena pengambilan putusan dianggap bukan dari dasar hukum yang mengikat. Dalam hal penggunaan *lex mercatoria* sebagai pilihan hukum dalam sebuah sengketa arbitrase, pelaksanaan putusan arbitrase tersebut sangat bergantung kepada pengadilan domestik, yang dapat menerima atau menolak putusan arbitrase tersebut.

Peran utama dalam pelaksanaan sebuah putusan arbitrase asing terdapat pada pengadilan domestik yang menentukan apakah putusan tersebut melanggar Ketertiban Umum (*Public Policy*) atau dapat dilaksanakan. Tiap negara dan tiap kasus mempunyai argumentasi berbeda dalam argumentasi tentang apa yang dianggap sebagai pelanggaran Ketertiban Umum (*Public Policy*).

2.1.2 Pengertian Ketertiban Umum (*Public Policy*) dalam Pelaksanaan Putusan Arbitrase

Dalam laporan dari Komite *International Commercial Arbitration* menemukan bahwa dalam konteks pelaksanaan putusan arbitrase, sangat sulit untuk mendefinisikan Ketertiban Umum (*Public Policy*). Komite menemukan bahwa tiap-tiap negara membedakan pengertian Ketertiban Umum (*Public Policy*). Misalnya, pengadilan

negara Inggris melihat bahwa Ketertiban Umum (*Public Policy*) harus dimengerti secara berhati-hati, Pengadilan Banding Inggris menyatakan bahwa²⁹

*Considerations of Public Policy can never be exhaustively defined, but they should be approached with extreme caution. ... It has to be shown that there is some element of illegality or that the enforcement of the award would be clearly injurious to the public good or, possibly, that enforcement would be wholly offensive to the ordinary reasonable and fully informed member of the public on whose behalf the powers of the State are exercised.*³⁰

Dijelaskan bahwa harus terdapat elemen-elemen dari suatu putusan asing yang sangat melanggar kelayakan publik dan menyinggung publik yang terkait pelaksanaan putusan tersebut. Dalam hal ini, negara Inggris menganut pandangan yang luas dan abstrak mengenai pelanggaran Ketertiban Umum (*Public Policy*). Suatu hal yang melanggar kelayakan publik dapat dianggap sebagai melanggar Ketertiban Umum (*Public Policy*) sehingga menyebabkan suatu putusan arbitrase asing tidak dapat dilaksanakan.

Lain halnya dengan pengadilan Banding Amerika Serikat dimana hakim Joseph Smith menjelaskan bahwa “*foreign arbitral award may be denied on Public Policy grounds only where enforcement would violate the forum state’s most basic notions of morality and justice.*”³¹ Dapat diartikan bahwa putusan arbitrase asing dapat ditolak dengan dasar Ketertiban Umum (*Public Policy*) apabila pelaksanaan putusan tersebut melanggar moralitas dasar negara dan keadilan. Amerika Serikat menganut paham yang lebih sempit karena putusan asing dianggap melanggar Ketertiban Umum (*Public Policy*) apabila tidak sesuai dengan nilai-nilai dasar dan keadilan dari negara tersebut sehingga walaupun sebuah putusan asing melanggar hal yang dalam konteks domestik dianggap tidak sesuai dengan Ketertiban Umum (*Public Policy*), asalkan tidak

²⁹ Committee International Commercial Arbitration, *Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards*, International Law Association London Conference (2000), diunduh dari <<http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/E723662E-053C-415A-A4C7822577AE6B4F>>, pada tanggal 30 Oktober 2013, hlm. 4

³⁰ *Ibid.*, (dalam kasus *Deutsche Schachtbau-und Tiefbohrergesellschaft mbh v. Ras Al Khaimanah National Oil Company*, tahun 1987).

³¹ *Ibid.*, hlm. 5 (diambil dari putusan *Parsons & Whittemore Overseas Co., Inc. v. Société Générale de l’Industrie du Papier RAKTA dan Bank of America*, tahun 1974).

melanggar nilai dasar serta keadilan, putusan tersebut tetap dapat dilaksanakan. Hal yang sama juga dianut oleh negara Jerman, dimana pengadilan federal Jerman (*Bundesgerichtshof*) dimana dikatakan bahwa “...a mere violation of the substantive or procedural law applied by the arbitral tribunal is not sufficient to constitute such violation”.³² Pengadilan federal Jerman menganggap bahwa pelanggaran kecil terhadap substansi atau prosedur tidak dianggap melanggar Ketertiban Umum (*Public Policy*) negara Jerman. Dalam konsep hukum Syariah, El-Ahdab menjelaskan bahwa

*the concept of Public Policy is based on the respect of the general spirit of the Shari'a and its sources (the Koran and the Sunna, etc.) and on the principle that 'individuals must respect their clauses, unless they forbid what is authorized and authorize what is forbidden.'*³³

Dapat diartikan bahwa dalam hukum syariah, Ketertiban Umum (*Public Policy*) harus menghormati prinsip-prinsip syariah dan sumber-sumbernya serta prinsip bahwa seseorang harus menghormati apa yang diperjanjikannya, asalkan tidak bertentangan dengan apa yang dilarang.

Mengenai Ketertiban Umum (*Public Policy*) dalam konteks hukum, Julian Lew menjelaskan bahwa Ketertiban Umum (*Public Policy*)

*...reflects the fundamental economic, legal, moral, political, religious and social standards of every State or extra-national community. Naturally Public Policy differs according to the character and structure of the State or community to which it appertains, and covers those principles and standards which are so sacrosanct as to require their maintenance at all costs and without exception.*³⁴

Dalam penjelasan tersebut Lew mengatakan bahwa sebuah Ketertiban Umum (*Public Policy*) mencerminkan standar fundamental dari aspek ekonomi legal, moral, politis, religius dan standar sosial dari setiap negara, dan Ketertiban Umum (*Public Policy*) berbeda di tiap-tiap negara tergantung dari karakter dan struktur negara, dan terkandung

³² *Ibid.*

³³ *Ibid.* (diambil dari El-Ahdab, *General Introduction on Arbitration in Arab Countries, International Handbook on Commercial Arbitration*, Kluwer Suplemen 27, Desember 1998, Annex 1 hlm. 12).

³⁴ *Ibid.* (diambil dari Lew, *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, Oceana, 1978), hlm. 532.

di dalamnya adalah prinsip-prinsip dasar yang tidak dapat dilanggar dan harus dijaga tanpa terkecuali. Lew kemudian menjelaskan bahwa

*...to resist enforcement, as all other grounds in Article V, must be construed narrowly. In fact, only violation of the enforcement state's Public Policy with respect to international relations (international Public Policy or ordre public international) is a valid defence.*³⁵

Lew menjelaskan bahwa penolakan pelaksanaan putusan arbitrase asing, sebagaimana diatur dalam Pasal V Konvensi New York 1958, harus diartikan secara sempit, bahkan hanya terhadap pelanggaran Ketertiban Umum (*Public Policy*) sebuah negara yang berkaitan dengan hukum internasional saja yang dapat digunakan sebagai dasar penolakan pelaksanaan.

Laporan Komite *International Commercial Arbitration* tahun 2000 membagi klasifikasi penggunaan dasar Ketertiban Umum (*Public Policy*) untuk penolakan pelaksanaan putusan asing ke dalam dua kategori, yakni prosedural dan substantif.

Dalam kategori prosedural, mencakup hal-hal sebagai berikut:³⁶

a. *Fraud/Corrupt Arbitrator* (Arbiter yang curang/korup)

Fraud (kecurangan) mencakup hal-hal contohnya penipuan oleh arbiter, pemalsuan dokumen, bukti-bukti yang diselewengkan terhadap salah satu pihak. Sementara *Corrupt* (korup) mencakup hal-hal seperti penyogokkan dan gratifikasi. Terdapat kesepakatan dari berbagai negara yang menyetujui penolakan pelaksanaan putusan arbitrase asing apabila putusan tersebut diambil karena kecurangan dan korupsi. Hal tersebut dianggap telah melanggar aspek prosedural yang terkandung dalam Ketertiban Umum (*Public Policy*).

b. Pelanggaran proses beracara (*breach of due process*)

³⁵ Julian Lew et al., *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law international:2003, diunduh dari <<http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=ipn27524>> pada tanggal 1 Nopember 2013, hlm. 720

³⁶ Committee International Commercial Arbitration, *Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards*, International Law Association London Conference (2000), diunduh dari <<http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/E723662E-053C-415A-A4C7822577AE6B4F>>, pada tanggal 30 Oktober 2013, hlm. 24-30.

Pelanggaran proses beracara dapat menjadi dasar pembatalan putusan arbitrase asing dengan dasar Ketertiban Umum (*Public Policy*). Dalam laporan tersebut dikatakan juga bahwa pelanggaran peraturan arbitrase domestik di tempat dilaksanakannya putusan tidak termasuk pelanggaran proses beracara.

c. Ketidaknetralan (*lack of impartiality*)

Ketidaknetralan atau keberpihakan dalam proses sidang dapat menjadi dasar dari pelanggaran terhadap Ketertiban Umum (*Public Policy*), namun isu tersebut biasanya diajukan pada saat mulainya persidangan terhadap lembaga arbitrase yang mengawasi jalannya persidangan tersebut.

d. Tidak adanya/Kurangnya alasan (*lack of reasons*)

Sebuah putusan yang dijatuhkan dengan tanpa/kurangnya alasan bukan menjadi dasar penolakan putusan arbitrase asing dengan dasar pelanggaran Ketertiban Umum (*Public Policy*).

e. Pengabaian hukum (*manifest disregard of the law*)

Sebagaimana telah dijelaskan di atas, kadang dalam mengambil keputusan, seorang arbiter dapat menggunakan norma-norma diluar hukum (*lex mercatoria*). Penggunaan *lex mercatoria* diakui keabsahannya oleh beberapa negara, namun pengakuan tersebut berbeda-beda konteksnya. Untuk menolak pelaksanaan sebuah putusan arbitrase asing dengan dasar *manifest disregard of the law*, pengadilan harus membuktikan adanya kesalahan dari penggunaan atau kesalahan pengertian norma oleh arbiter dalam menjatuhkan putusan tersebut.

f. Pengabaian fakta (*manifest disregard of the facts*)

Kadangkala, sebuah putusan dapat diambil walaupun berbeda dari fakta yang ada, atau irasional. Tanpa diikuti dengan kejanggalan prosedural lainnya, putusan yang diambil yang berbeda dari fakta tidak dapat menjadi dasar penolakan putusan arbitrase asing dengan dasar pelanggaran Ketertiban Umum (*Public Policy*). Namun untuk hal ini, putusan yang sangat irasional dan mengabaikan fakta dapat melanggar prinsip-prinsip dasar Ketertiban Umum (*Public Policy*) sebuah negara, dan oleh karenanya pelaksanaan dapat ditolak.

g. *Res judicata*

Sebuah putusan arbitrase asing yang bertentangan dengan putusan hakim dalam kasus yang serupa dapat dianggap melanggar Ketertiban Umum (*Public Policy*) negara tersebut. Putusan asing yang bertentangan dengan putusan hakim dapat menciptakan kebingungan terhadap prinsip dasar suatu negara.

h. Pembatalan di tempat kedudukan Arbitrase (*annulment at place of arbitration*)

Pembatalan suatu putusan arbitrase asing ditempat dimana putusan tersebut diambil tidak menjadi dasar pembatalan pelaksanaan putusan arbitrase asing. Pengadilan Banding Paris (*Cour d'Appel*) dalam kasus Republik Arab Mesir v. Chromalloy Aeroservices Inc. mengabulkan pelaksanaan putusan arbitrase yang telah dibatalkan di tempat putusan tersebut diambil, dengan alasan bahwa pelaksanaan putusan tersebut tidak melanggar Ketertiban Umum (*Public Policy*) negara Perancis.

Sementara dalam kategori substantif dari Ketertiban Umum (*Public Policy*) adalah sebagai berikut:³⁷

a. Hukum yang diwajibkan (*mandatory laws/lois de police*)

Ketua komite, Profesor Mayer menjelaskan bahwa “*a mandatory rule is an imperative provision of law which must be applied to an international relationship irrespective of the law that governs that relationship*”. Dengan kata lain, *mandatory law* adalah aturan hukum yang menjadi dasar Ketertiban Umum (*Public Policy*) di suatu negara dan oleh karenanya tidak boleh dilanggar sama sekali. Misalnya hukum mengenai kompetisi, monopoli, embargo, lingkungan serta hukum-hukum yang memang dibuat untuk melindungi pihak yang lebih lemah.

Maka arbiter harus memahami dengan baik hukum-hukum yang wajib diikuti dari suatu negara dimana pelaksanaan putusan akan dilaksanakan. Pengadilan nasional tidak akan dapat mengeksekusi putusan asing yang melanggar hukum fundamental negaranya. Profesor Mayer menjelaskan juga bahwa walaupun Ketertiban Umum (*Public Policy*) dalam konteks internasional harus diterapkan dengan lingkup yang lebih sempit, namun sebuah putusan tidak boleh melanggar *lois de police*, karena

³⁷ *Ibid.* hlm 17-24

hukum-hukum tersebut dari sifatnya, membentuk moralitas dasar dan keadilan di negara yang bersangkutan.

b. Prinsip-prinsip dasar hukum (*fundamental principles of law*)

Prinsip-prinsip dasar hukum dapat termasuk juga dengan kategori *mandatory laws* dalam sub a di atas. Namun, pengadilan membedakan kedua kategori ini, dimana prinsip-prinsip dasar hukum dianggap sebagai asas hukum sementara *mandatory law* dianggap sebagai produk legislatif. Misalnya asas-asas seperti *pacta sunt servanda*, perlindungan terhadap orang dalam pengampunan, itikad baik, semua merupakan asas-asas hukum suatu negara.

c. Bertentangan dengan moral yang baik (*contrary to good morals/public order*)

Kegiatan-kegiatan yang dimaksud sebagai *contra bonos mores* (kejahatan bagi seluruh manusia) misalnya pembajakan, terorisme, genosida, kejahatan kemanusiaan, perbudakkan, penyelundupan, pedofilia, dan lain sebagainya dianggap sebagai melanggar Ketertiban Umum (*Public Policy*). Semua perjanjian yang mencakup kegiatan sebagaimana dimaksud harus dianggap ilegal dan putusan yang diambil tidak dapat dilaksanakan.

d. Kepentingan negara/hubungan internasional (*national interests/foreign relations*)

Ketertiban Umum (*Public Policy*) tidak berarti kebijakan negara (*national policy*) dalam konteks hubungan internasional. Walaupun suatu negara sedang menghadapi keretakan hubungan diplomatik dengan negara lain, pelaksanaan putusan arbitrase dari salah satu negara di negara yang lain tidak berarti pelanggaran Ketertiban Umum (*Public Policy*). Pengadilan Banding Amerika Serikat mengabulkan pelaksanaan putusan arbitrase asing di negaranya kepada seorang warganegara Mesir, pada saat terjadi sengketa antara Mesir dan Amerika Serikat. Begitu juga terhadap kasus *National Oil Corp v. Libyan Sun Oil Corp.*, walaupun Amerika Serikat memutuskan hubungan diplomatik dengan Libya (yang pada saat itu terkait kasus pembajakan pesawat dan terorisme), tetapi pengadilan Amerika Serikat tetap memperbolehkan pelaksanaan putusan arbitrase asing yang memenangkan pihak dari Libya. Pengadilan menyatakan bahwa

To read the Public Policy defence as a parochial device protective of national political interests would seriously undermine the [New York] Convention's

utility. This provision was not meant to enshrine the vagaries of international politics under the rubric of 'Public Policy'.

Bahwa penggunaan Ketertiban Umum (*Public Policy*) sebagai alasan untuk membatalkan putusan arbitrase asing yang dipersamakan dengan kepentingan politik akan dapat merusak kegunaan Konvensi New York 1958. Penggunaan Pasal V ayat 2 huruf b tersebut bukan berarti mempersamakan antara kebijakan politik internasional yang disamakan dengan Ketertiban Umum (*Public Policy*).

2.1.3 Konsepsi Konvensi New York 1958, *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award* (disingkat Konvensi New York 1958)

Pasal V dari Konvensi New York 1958 tentang Pelaksanaan Putusan Arbitrase Asing (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award) memberikan celah bagi sebuah putusan arbitrase asing untuk tidak dilaksanakan disuatu negara (negara peserta konvensi). Pasal V ayat 1 Konvensi New York 1958 mengatur mengenai pelanggaran hukum acara (*due process*) yang menyebabkan suatu putusan dianggap tidak sah dan oleh karenanya tidak dapat dilaksanakan, sementara Pasal V ayat 2 Konvensi New York 1958 mengatur bahwa pelanggaran Ketertiban Umum (*Public Policy*) suatu negara dapat menjadi alasan tidak dapatnya dilaksanakan putusan arbitrase asing tersebut.³⁸ Perlu juga dipahami bahwa terdapat prosedur yang berbeda dalam penggunaan kedua ayat tersebut. Dalam Pasal V ayat 1, diatur bahwa *Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition is sought, proof that...*³⁹ Dapat diartikan bahwa dalam ayat 1 tersebut penolakan pelaksanaan putusan dapat dimohon/diminta oleh pihak yang dikalahkan,

³⁸ Perserikatan Bangsa-Bangsa, *New York Convention of 1958, Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award*

³⁹ *Ibid.*

kepada pengadilan yang berwenang (dimana putusan tersebut minta dilakukan eksekusi) asalkan pihak yang dikalahkan tersebut dapat membuktikan dalilnya.

Sementara dalam Pasal V ayat 2 Konvensi New York 1958 mengatur bahwa: ⁴⁰

Recognition and enforcement of an arbitral award may also be refused if the competent authority in the country where recognition and enforcement is sought finds that:

- (a) The subject matter of the difference is not capable of settlement by arbitration under the law of that country. or*
- (b) The recognition or enforcement of the award would be contrary to the Public Policy of that country.*

Pasal V ayat 2 Konvensi New York 1958 mengatur mengenai penolakan pelaksanaan putusan arbitrase asing yang didasari oleh pelanggaran Ketertiban Umum (*Public Policy*), namun pelanggaran Ketertiban Umum (*Public Policy*) tersebut tidak perlu dimohonkan atau diminta oleh pihak yang dikalahkan, melainkan merupakan kewenangan pengadilan negara dimana pelaksanaan akan dilakukan, untuk menemukan bukti/alasan bahwa putusan tersebut melanggar Ketertiban Umum (*Public Policy*). Dalam penggunaan dasar pelanggaran Ketertiban Umum (*Public Policy*) dalam Konvensi New York 1958 terdapat berbagai macam konsep dan alasan yang berbeda-beda dari berbagai negara, bahkan tiap negara mempunyai interpretasi berbeda terhadap Ketertiban Umum (*Public Policy*), sehingga tidak ditemukan suatu standar dalam penggunaan Pasal V ayat 2 huruf b Konvensi New York 1958.

Menurut Albert Jan Van den Berg,

The distinction between domestic and international Public Policy means that what is considered to pertain to Public Policy in domestic relations does not necessarily pertain to Public Policy in international relations. According to this distinction, the number of matters considered as falling under Public Policy in international cases is smaller than that in domestic ones. The distinction is justified by the differing purposes of domestic and international relations. ⁴¹

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Albert Jan van den Berg, *The New York Convention of 1958: An Overview*, diunduh dari <www.arbitration-icca.org/media/0/12125884227980/new_york_convention_of_1958_overview.pdf> pada tanggal 1 Nopember 2013, hlm 18.

Dapat diartikan bahwa terdapat perbedaan antara yang dimaksud dengan Ketertiban Umum (*Public Policy*) domestik dan Ketertiban Umum (*Public Policy*) dalam hubungan internasional, dimana perbedaan tersebut dibenarkan karena tujuan yang berbeda dari keadaan domestik dan internasional. Menurut beliau, Ketertiban Umum (*Public Policy*) dalam konteks internasional sangat minim dibandingkan dengan Ketertiban Umum (*Public Policy*) dalam konteks domestik. Beliau menambahkan bahwa dengan adanya Pasal V ayat 2 Konvensi New York 1958, memberikan celah bagi penolakan pelaksanaan putusan arbitrase asing dalam konteks domestik, dan sebuah putusan harus ditolak pelaksanaannya apabila melanggar dasar moralitas dan keadilan suatu negara.⁴² Beliau menjelaskan bahwa Pasal V ayat 2 huruf a Konvensi New York 1958 memberikan pengadilan untuk menetapkan bahwa kewenangan mengadili suatu sengketa bukan berada pada arbitrase (*arbitrability*) dan oleh karenanya putusan arbitrase tersebut tidak dapat dilaksanakan. Untuk hal tersebut beliau mengatakan bahwa penetapan kewenangan arbitrase oleh pengadilan berbeda dari satu negara ke negara lainnya, dan dalam jarang terjadi dalam prakteknya.

Sementara mengenai Ketertiban Umum (*Public Policy*) yang tercantum dalam Pasal V ayat 2 huruf b, Albert Jan van den Berg mengatakan bahwa terdapat banyak kasus yang mempertanyakan keabsahan suatu putusan arbitrase dengan dasar Ketertiban Umum (*Public Policy*) dengan didasari alasan-alasan:⁴³

a. Pelanggaran Proses beracara (*due process*):

Hal ini termasuk asas-asas umum dalam beracara, misalnya asas *audi et alteram partem*, dan asas-asas lainnya. Alasan ini terkait juga pada Pasal V ayat 1 Konvensi New York 1958 tersebut. Dengan tidak dipenuhinya asas-asas umum dalam proses beracara, dapat dianggap melanggar Ketertiban Umum (*Public Policy*);

b. Pelanggaran Prosedur:

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.* hlm 19-20

Masih terkait dengan *due process*, apabila prosedur-prosedur dalam pelaksanaan arbitrase terlanggar, misalnya tidak adanya komunikasi antara arbiter dengan para pihak atau tidak disampaikannya surat-menyurat antara arbiter dan salah satu pihak, maka hal ini dianggap melanggar Ketertiban Umum (*Public Policy*) ;

c. Keberpihakan:

Netralitas seorang arbiter harus dijunjung tinggi. Seorang arbiter harus netral dan independen serta tidak terafiliasi dengan salah satu pihak yang bersengketa. Adanya ketidak netralan oleh arbiter terhadap salah satu pihak dapat menjadi alasan penolakan pelaksanaan putusan arbitrase asing.

d. Putusan harus didasari alasan yang kuat:

Banyak negara-negara yang mewajibkan suatu putusan (secara umum) memiliki dasar /alasan dijatuhkannya putusan. Negara-negara tersebut menganggap bahwa dasar putusan merupakan sebuah hal fundamental dalam dijatuhkannya putusan.

Hal-hal mana juga telah dijelaskan dalam laporan Komite *International Commercial Arbitration* dalam pembagian kategori dasar penggunaan Ketertiban Umum (*Public Policy*) untuk pembatalan putusan arbitrase asing.

2.1.4 Ketertiban Umum (*Public Policy*) Domestik, Internasional dan Transnasional

Menurut Kenneth Michael Curtin, adanya Konvensi New York 1958 tersebut membatasi dan mengurangi kewenangan pengadilan dalam mengontrol sengketa-sengketa yang terjadi, namun Pasal V ayat 2 huruf b Konvensi New York 1958, Ketertiban Umum (*Public Policy*) memberikan kontrol kepada pengadilan untuk melihat apakah suatu putusan asing dapat dijalankan di negaranya.⁴⁴ Beliau menjelaskan bahwa sebuah sistem arbitrase yang bagus mencerminkan kemajuan dalam perdagangan internasional, dan Konvensi New York 1958 menjadi wadah untuk mengakomodir kemajuan tersebut. Sebagaimana diketahui, Konvensi New York 1958 memiliki provisi

⁴⁴ Kenneth Michael Curtin, *Redefining Public Policy in International Arbitration of Mandatory National Laws*, Defense Counsel Journal 64:2 (April 1997), diunduh dari <<http://www.iadclaw.org>>, pada tanggal 30 Oktober 2013, hlm. 273.

penting mengenai pelaksanaan putusan arbitrase asing yang berkaitan dengan Ketertiban Umum (*Public Policy*), sehingga konsepsi Ketertiban Umum (*Public Policy*) berkembang dari konsep tunggal (domestik) menjadi internasional dan transnasional.⁴⁵

Dalam sidang arbitrase domestik/nasional, putusan yang diambil akan memperhitungkan Ketertiban Umum (*Public Policy*) negaranya. Menurut Kenneth Michael Curtin, konsep Ketertiban Umum (*Public Policy*) domestik adalah batas-batas yang ada diluar kebebasan berkontrak. Pelaksanaan putusan arbitrase domestik harus tidak boleh bertentangan dengan Ketertiban Umum (*Public Policy*) negaranya dan karena hanya menyangkut satu negara saja, hanya Ketertiban Umum (*Public Policy*) negara yang bersangkutan yang perlu dilihat.⁴⁶ Sementara konsep yang lebih sempit disebut sebagai konsep internasional, Ketertiban Umum (*Public Policy*) lebih dari satu negara yang terkait. Dalam hal ini pengadilan harus dapat mempertimbangkan konsepsi arbitrase secara internasional dalam penggunaan Ketertiban Umum (*Public Policy*) negaranya. Kenneth Michael Curtin menjelaskan bahwa “*International Public Policy are those rules of a nation's domestic Public Policy that will also be applied by that nation in an international context*”,⁴⁷ dapat diartikan bahwa konsep Ketertiban Umum (*Public Policy*) internasional suatu negara adalah aturan Ketertiban Umum (*Public Policy*) domestik suatu negara yang dapat diaplikasikan dalam konteks internasional. Dalam penggunaan konsep internasional, pengadilan juga harus mempertimbangkan Ketertiban Umum (*Public Policy*) negara-negara yang terkait dan kebutuhan perdagangan internasional. Dalam penggunaannya, sebuah pengadilan harus melihat negara terkait dalam arbitrase tersebut, misalnya negara-negara pihak yang bersengketa, negara tempat arbitrase dilaksanakan dan pilihan hukum.⁴⁸ Namun timbul permasalahan karena konsep internasional dari Ketertiban Umum (*Public Policy*) tidak memiliki kejelasan dan dapat menimbulkan kesalahan pemahaman antara Ketertiban Umum

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *Ibid.* hlm. 274.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ S.I., Strong, *Enforcing Class Arbitration in the International Sphere: Due Process and Public Policy Concern*, diunduh dari <www.heinonline.org> pada tanggal 28 Oktober 2013., hlm. 53-57.

(*Public Policy*) internasional dan kebijakan internasional (politik internasional) suatu negara, sehingga pengadilan mungkin saja keliru dan menganggap apabila suatu putusan arbitrase melanggar kepentingan politik/diplomatik negaranya maka sama dengan melanggar Ketertiban Umum (*Public Policy*) negaranya. Penggunaan Ketertiban Umum (*Public Policy*) internasional masih beragam tergantung dari subjektifitas pengadilan suatu negara.⁴⁹

Konsep Ketertiban Umum (*Public Policy*) transnasional muncul dalam konsensus internasional. Sebuah pengadilan harus mempertimbangkan Ketertiban Umum (*Public Policy*) transnasional apabila menghadapi putusan arbitrase yang bersifat internasional dan mengandung unsur *lex mercatoria* di dalam putusan tersebut. Ketertiban Umum (*Public Policy*) transnasional dianggap sebagai gabungan antara Ketertiban Umum (*Public Policy*) internasional dan norma-norma dalam *lex mercatoria* (dan oleh karenanya juga memiliki kelemahan yang terkandung dalam *lex mercatoria*).⁵⁰ Dalam menggunakan *lex mercatoria*, terdapat beberapa keuntungan dan kelemahan. Misalnya keuntungannya adalah *lex mercatoria* lebih fleksibel dibandingkan hukum positif, karena sebagai sebuah norma, *lex mercatoria* dapat berubah sesuai dengan keadaan yang dibutuhkan, berbeda dengan hukum positif yang harus diubah dengan keputusan badan legislatif. Kelemahannya adalah *lex mercatoria* bukan merupakan hukum dan dapat dengan mudah dikesampingkan oleh hukum positif. Terdapat pendapat secara umum bahwa pembatalan pelaksanaan putusan arbitrase asing atas dasar Ketertiban Umum (*Public Policy*) hanya apabila konsep Ketertiban Umum (*Public Policy*) yang digunakan berasal dari konsep internasional atau transnasional.⁵¹

⁴⁹ Committee International Commercial Arbitration, *Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards*, International Law Association London Conference (2000), diunduh dari <<http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/E723662E-053C-415A-A4C7822577AE6B4F>> pada tanggal 30 Oktober 2013, hlm. 2-6.

⁵⁰ Kenneth Michael Curtin, *Redefining Public Policy in International Arbitration of Mandatory National Laws*, *Defense Counsel Journal* 64:2 (April 1997), diunduh dari <<http://www.iadclaw.org>> pada tanggal 30 Oktober 2013, hlm. 277.

⁵¹ Committee International Commercial Arbitration, *Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards*, International Law Association London Conference (2000), diunduh dari <<http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/E723662E-053C-415A-A4C7822577AE6B4F>> pada tanggal 30 Oktober 2013, hlm. 3.

Dalam penggunaan Ketertiban Umum (*Public Policy*) transnasional, pengadilan harus mencari asas-asas dasar hukum umum, tidak hanya hukum negara-negara tertentu. Inilah yang membedakan antara Ketertiban Umum (*Public Policy*) dalam konsepsi transnasional dan internasional. Menurut Kenneth Michael Curtin

*Transnational principles originate from the "international community of states," and therefore they must be respected as international obligations of states and remain independent from any relationship the particular case might have to one state or another.*⁵²

Dapat diartikan bahwa prinsip-prinsip transnasional berasal dari komunitas internasional dan oleh karenanya harus dihormati sebagai kewajiban internasional dari setiap negara dan harus bebas dari pengaruh situasi politik antar negara yang bersangkutan. Beliau beranggapan bahwa penggunaan konsep Ketertiban Umum (*Public Policy*) transnasional lebih adil karena mencerminkan gabungan norma-norma dan prinsip-prinsip dasar Ketertiban Umum (*Public Policy*) yang diterima secara internasional dan oleh komunitas internasional.

2.1.5 Doktrin *Second Look*

Sebagaimana telah dijelaskan, Konvensi New York 1958 memang memberikan pilihan bagi pelaku perdagangan internasional sebuah pilihan forum selain pengadilan untuk menyelesaikan sengketa, sehingga mengurangi sebagian kewenangan dari pengadilan domestik, namun Ketertiban Umum (*Public Policy*) memberikan pengadilan kewenangan untuk membatalkan sebuah putusan pengadilan dan mengadili kembali, hal ini yang dimaksud dengan doktrin *Second Look*. Menurut Kenneth Michael Curtin doktrin *Second Look* memberikan kesempatan kedua kepada pihak yang kalah untuk menghindari eksekusi.⁵³ Beliau memberikan contoh-contoh batasan pelanggaran Ketertiban Umum (*Public Policy*) dalam berbagai negara, misalnya di Amerika Serikat, batasan Ketertiban Umum (*Public Policy*) terdapat pada dasar moralitas dan keadilan

⁵² *Ibid.*

⁵³ Kenneth Michael Curtin, *Redefining Public Policy in International Arbitration of Mandatory National Laws*, *Defense Counsel Journal* 64.2 (April 1997), diunduh dari <<http://www.iadclaw.org>> pada tanggal 30 Oktober 2013, hlm. 276-280.

(sebagaimana dianut oleh Albert van den Berg dalam penjelasan di atas), sementara Inggris mempunyai batasan yang lebih ketat dimana suatu putusan dianggap melanggar Ketertiban Umum (*Public Policy*) apabila putusan tersebut sangat merugikan atau sangat bertentangan. Lain halnya dengan Belgia yang memperbolehkan perjanjian yang mengesampingkan Ketertiban Umum (*Public Policy*) karena Belgia menganggap pembatasan Ketertiban Umum (*Public Policy*) tidak praktis.⁵⁴ Beliau menambahkan bahwa dalam prakteknya, mayoritas negara-negara enggan menggunakan doktrin *Second Look* dan tetap melaksanakan putusan arbitrase asing karena adanya kepentingan dalam kelangsungan pelaksanaan perdagangan internasional. Dengan adanya dasar Ketertiban Umum (*Public Policy*) memberikan hak untuk pengadilan dan negara untuk menunjukkan kewenangannya terhadap penyelesaian sengketa. Terhadap hal ini, terdapat perbedaan paham antara lembaga legislatif dan yudikatif negara, dimana negara tidak mengizinkan sebuah putusan dilaksanakan apabila melanggar Ketertiban Umum (*Public Policy*) negara tersebut, tetapi di sisi lain pengadilan harus menghormati putusan asing.⁵⁵ Jalan tengah yang dapat diambil adalah dengan mempersempit lingkup Ketertiban Umum (*Public Policy*) dalam hal pelaksanaan putusan asing, misalnya apabila sebuah putusan melanggar konsep Ketertiban Umum (*Public Policy*) internasional atau transnasional, maka pengadilan berhak menolak pelaksanaannya. Bagaimanapun juga lembaga arbitrase (baik asing maupun domestik) mempunyai tujuan yakni pelaksanaan putusan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 26 peraturan ICC (*International Chamber of Commerce*),⁵⁶ tanpa adanya pelaksanaan putusan, lama kelamaan para pelaku pedagang internasional enggan menggunakan lembaga tersebut karena dinilai tidak efektif. Ke-efektifan dari lembaga arbitrase memang sangat tergantung dari penafsiran pengadilan sebuah negara.

⁵⁴ *Ibid.* hlm. 277

⁵⁵ Committee International Commercial Arbitration, *Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards*, International Law Association London Conference (2000), diunduh dari <<http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/E723662E-053C-415A-A4C7822577AE6B4F>> pada tanggal 30 Oktober 2013, hlm. 2

⁵⁶ International Chamber of Commerce, *ICC Rules of Conciliation and Arbitration*.

2.2 Ketertiban Umum (*Public Policy*) di Indonesia Sebagai Dasar Pembatalan Putusan Arbitrase Asing

Indonesia sebagai salah satu pelaku perdagangan internasional telah meratifikasi (aksesi) Konvensi New York 1958 dengan Keputusan Presiden Republik Indonesia Nomor 34 Tahun 1981 dan diterapkan dalam Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 1990 tentang Tata Cara Pelaksanaan Putusan Arbitrase Asing (Perma Nomor 1 Tahun 1990) serta Undang-undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Penyelesaian Sengketa Alternatif (UU No 30 Tahun 1999).

Perma Nomor 1 Tahun 1990 merupakan peraturan pelaksana dari Keputusan Presiden Republik Indonesia Nomor 34 Tahun 1981. Perma Nomor 1 Tahun 1990 timbul karena perlunya suatu *rules of procedure* sebagaimana dimaksud dalam Pasal III Konvensi New York 1958 yaitu⁵⁷ “*Each contracting states shall recognize arbitral awards as binding and enforce them in accordance with the rules of procedure of the teritory where the award is relied upon...*” Berarti bahwa negara peserta konvensi harus mengakui dan melaksanakan putusan arbitrase asing sesuai dengan proses acara di masing-masing negara. Perma Nomor 1 Tahun 1990 memberi kewenangan kepada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat sebagai *competent authority* dalam pelaksanaan putusan arbitrase asing. Pasal 4 ayat 2 dari Perma Nomor 1 Tahun 1990 menjelaskan mengenai batasan Ketertiban Umum (*Public Policy*) yaitu⁵⁸ “Exequatur tidak akan diberikan apabila putusan Arbitrase Asing itu nyata-nyata bertentangan dengan sendi-sendi azasi dari seluruh sistem hukum dan masyarakat di Indonesia (ketertiban umum).” Pasal 4 tersebut memberikan kewenangan kepada Mahkamah Agung untuk menolak pelaksanaan putusan arbitrase asing apabila melanggar Ketertiban Umum (*Public Policy*), batasan tersebut menganut interpretasi luas dan menganut pendekatan domestik.

⁵⁷ Perserikatan bangsa-Bangsa, *New York Convention of 1958, Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award*.

⁵⁸ Mahkamah Agung Republik Indonesia, *Peraturan Mahkamah Agung tentang Tata Cara Pelaksanaan Putusan Arbitrase Asing*, Perma Nomor 1 Tahun 1990, Ps. 4 ayat 2.

Pasal 65 dari UU No 30 Tahun 1999 mengatur bahwa “yang berwenang menangani masalah pengakuan dan pelaksanaan Putusan Arbitrase Internasional adalah Pengadilan Negeri Jakarta Pusat.”⁵⁹ Hal ini berarti bahwa sebuah putusan arbitrase asing yang akan dilaksanakan di Indonesia harus terlebih dahulu dimohonkan kepada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat (sama halnya dengan Perma Nomor 1 Tahun 1990). Hal ini memungkinkan adanya perlawanan kembali dari pihak yang dikalahkan dengan meminta pengadilan untuk menguji kembali bahwa putusan arbitrase asing tersebut layak dijalankan di Indonesia. Hal ini menyangkut pula Pasal 66 huruf c dari UU No 30 Tahun 1999 yang menyatakan bahwa “Putusan Arbitrase Internasional sebagaimana dimaksud dalam huruf a hanya dapat dilaksanakan di Indonesia terbatas pada putusan yang tidak bertentangan dengan ketertiban umum;”⁶⁰ UU No 30 Tahun 1999 tidak mendefinisikan dan oleh karenanya tidak memberikan suatu batasan lingkup terhadap pengertian Ketertiban Umum (*Public Policy*), sehingga pasal tersebut memberikan celah bagi pihak yang dikalahkan untuk meminta pengadilan Indonesia menguji apakah sebuah putusan asing bertentangan dengan Ketertiban Umum (*Public Policy*) di Indonesia. Dengan kata lain, dimulai lagi proses hukum acara di Pengadilan, yang memang dihindari dengan penggunaan arbitrase, sampai kepada proses kasasi (sebagaimana diatur di dalam Pasal 68 UU No 30 Tahun 1999) yang memakan waktu serta biaya. Pasal 68 UU No 30 Tahun 1999 sebenarnya memberikan kepastian bahwa sebuah putusan arbitrase adalah final dan mengikat, dimana dinyatakan bahwa putusan arbitrase asing yang telah diakui tidak dapat diajukan banding, sementara putusan arbitrase asing yang ditolak untuk diakui dapat langsung diajukan kasasi. Pasal tersebut membatasi upaya hukum pihak yang dikalahkan untuk mengulur pelaksanaan eksekusi terhadapnya. Secara prinsip dapat dikatakan bahwa UU No 30 Tahun 1999 memberikan kepastian hukum terhadap pelaksanaan putusan arbitrase asing dengan menganut aturan-aturan seperti:

⁵⁹Republik Indonesia, *Undang-Undang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa*, Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999, Lembar Negara No.138 Tahun 1999, Tambahan Lembar Negara No. 3872, Ps. 65.

⁶⁰ *Ibid.*, Ps. 66.

- a. Bebas intervensi dari Pengadilan Negeri, sebagaimana diatur di dalam Pasal 3 UU No 30 Tahun 1999;
- b. Kebebasan bagi pihak yang bersengketa untuk menentukan forum penyelesaian sengketa, sebagaimana diatur di dalam Pasal 4 UU No 30 Tahun 1999; dan
- c. Putusan yang final dan mengikat, sebagaimana diatur di dalam Pasal 68 UU No 30 Tahun 1999.

Sebagaimana dijelaskan, masing-masing negara mempunyai pengertian dan lingkup berbeda mengenai Ketertiban Umum (*Public Policy*). Pengertian yang dianut di Indonesia tercermin dari putusan yang dikeluarkan pengadilan terhadap pelaksanaan suatu putusan asing, namun putusan tersebut berasal dari proses pemikiran dan pertimbangan yang menjadi sebuah dasar putusan. Untuk mendapat dasar suatu proses pertimbangan, perlu melihat berbagai macam konsep Ketertiban Umum (*Public Policy*) yang dianut dalam doktrin dan peraturan perUndang-undangan di Indonesia. Di Indonesia, Kitab Undang-undang Hukum Pidana (*Wetboek van Strafrecht*) mengatur mengenai apa saja yang dianggap kejahatan terhadap Ketertiban Umum, sebagaimana ternyata dari Pasal 154 sampai dengan Pasal 181, namun pengaturan/pembatasan tersebut sama sekali tidak memberikan batasan lingkup dalam konteks perdagangan, sehingga tidak benar apabila menggunakan pengaturan-pengaturan tersebut sebagai dasar pelaksanaan putusan arbitrase asing. Tidak adanya batasan dalam lingkup Ketertiban Umum (*Public Policy*) di hukum perdagangan memberikan hakim kebebasan untuk menentukan sendiri batasan yang akan diambilnya dalam mengabulkan sebuah permohonan pelaksanaan eksekusi putusan asing di Indonesia. Pelaksanaan putusan arbitrase asing terkait dengan Ketertiban Umum (*Public Policy*) di Indonesia harus dilihat dari kasus per kasus, yang memang seringkali terkait dengan kepentingan politik daripada penegakkan keadilan. Terdapat banyak kejadian dimana setelah melalui proses hukum acara untuk pelaksanaan eksekusi putusan arbitrase asing, suatu putusan Asing tidak dapat dilaksanakan di Indonesia karena melanggar Ketertiban Umum (*Public Policy*), namun ironisnya dengan tidak dilaksanakannya putusan arbitrase asing, maka melanggar asas dasar dalam arbitrase yakni asas *executorial recht* dan asas *pacta sunt servanda* yang merupakan asas-asas paling mendasar dalam hukum perdata di

Indonesia.⁶¹ Dengan menyetujui penggunaan lembaga arbitrase asing untuk menyelesaikan sengketa, para pihak dianggap mengikat diri untuk menjalankan putusan lembaga arbitrase asing tersebut apabila terdapat sengketa.

Prita Amalia menjelaskan bahwa Ketertiban Umum (*Public Policy*) mempunyai fungsi politis apabila dilihat dari penggunaan perkataan *policy* yang menunjukkan unsur politis, dan oleh karenanya penafsiran sebuah Ketertiban Umum (*Public Policy*) untuk pelaksanaan putusan arbitrase asing sangat erat dengan hubungan politik antara negara-negara terkait.⁶² Beliau menjelaskan bahwa keragaman interpretasi terhadap Ketertiban Umum (*Public Policy*) dari berbagai negara menunjukkan pentingnya Ketertiban Umum (*Public Policy*) sebagai rem darurat (*notbremse*) dari hukum nasional dalam berhadapan dengan hukum asing. Oleh karenanya, Ketertiban Umum (*Public Policy*) mempunyai fungsi negatif dan positif, dalam fungsi negatif Ketertiban Umum (*Public Policy*) menjauhkan pelanggaran terhadap sendi hukum nasional karena penerapan hukum asing, sementara dalam fungsi positif, Ketertiban Umum (*Public Policy*) menjamin berlakunya ketentuan hukum tertentu yang dipilih oleh para pihak.⁶³

Dalam sebuah diskusi yang bertajuk Problematika Eksekusi Putusan Arbitrase Asing di Indonesia, Yahya Harahap menjelaskan bahwa memang Ketertiban Umum

⁶¹ Lembaga Kajian Keilmuan Fakultas Hukum Universitas Indonesia, *Ketertiban Umum sebagai Dasar Penolakan Eksekusi Putusan Arbitrase Asing di Indonesia*, diunduh dari <<http://lk2fhui.com/2012/10/27/ketertiban-umum-sebagai-dasar-penolakan-eksekusi-putusan-arbitrase-asing-di-indonesia/>> pada tanggal 6 Nopember 2013.

⁶² Prita Amalia, *Penerapan Asas Ketertiban Umum dan Pembatasannya Dalam Pengakuan dan Pelaksanaan Putusan Arbitrase Asing di Indonesia Berdasarkan Konvensi New York 1958*, diunduh dari <http://pustaka.unpad.ac.id/wp-content/uploads/2009/11/penerapan_asas_ketertiban_umum.pdf> pada tanggal 7 Nopember 2013, hlm. 7 (dikutip dari Tineke Louise Tuegeh Longdong, *Asas Ketertiban Umum dan Konvensi New York 1958*, PT. Citra Aditya Bhakti, 1998).

⁶³ Sudargo Gautama, *Pengantar Hukum Perdata Internasional Indonesia*, (Bandung: Binacipta, 1987), hlm. 98.

(*Public Policy*) mengandung arti yang ambigu, namun terdapat dua penafsiran tentang arti dan makna ketertiban umum yakni:⁶⁴

- a. Penafsiran sempit: berarti hanya terbatas pada hukum positif saja, yakni pelanggaran terhadap ketentuan peraturan perundang-undangan. Beliau menjelaskan dalam konteks pelaksanaan arbitrase asing di Indonesia, bahwa yang dimaksud melanggar Ketertiban Umum (*Public Policy*) adalah putusan yang melanggar/bertentangan dengan ketentuan peraturan perUndang-undangan di Indonesia.; dan
- b. Penafsiran luas: tidak hanya membatasi Ketertiban Umum (*Public Policy*) pada lingkup hukum positif, melainkan juga nilai-nilai dan prinsip-prinsip hukum yang ada di masyarakat dan termasuk juga nilai keadilan umum. Beliau menjelaskan bahwa putusan arbitrase asing yang melanggar dengan nilai-nilai dalam lalu lintas masyarakat atau melanggar kepatutan dan keadilan, tidak dapat dilaksanakan di Indonesia.

Indonesia menganut sistem hukum *civil law*, sehingga hakim hanya sebatas penafsir undang-undang, sehingga dalam memberikan sebuah putusan, hakim tidak boleh menyimpang dari hukum positif.⁶⁵ Sistem hukum *civil law* memberikan batasan penafsiran sempit kepada hakim dalam menafsirkan Ketertiban Umum (*Public Policy*), namun karena tidak adanya pengaturan khusus mengenai Ketertiban Umum (*Public Policy*), menimbulkan konflik antara menafsirkan hukum dan membuat hukum.

Menurut Fifi Junita, tidak adanya definisi Ketertiban Umum (*Public Policy*) dalam UU No 30 Tahun 1999 menyebabkan interpretasi yang luas terhadap Ketertiban Umum (*Public Policy*) di Indonesia. Dengan terminologi yang luas tersebut, Pengadilan mempunyai kewenangan dalam menentukan sendiri apa yang dianggapnya sebagai

⁶⁴ Amrie Hakim, *Apa Definisi Ketertiban Umum*, diunduh dari <<http://www.hukumonline.com/klinik/detail/lt4e3e380e0157a/apa-definisi-ketertiban-umum>> pada tanggal 6 Nopember 2013. (diambil dari Diskusi Problematika Eksekusi Putusan Asing di Indonesia, di Hotel Gran Melia pada tanggal 31 Maret 2010).

⁶⁵ Lembaga Kajian Keilmuan Fakultas Hukum Universitas Indonesia, *Ketertiban Umum sebagai Dasar Penolakan Eksekusi Putusan Arbitrase Asing di Indonesia*, diunduh dari <<http://lk2fhui.com/2012/10/27/ketertiban-umum-sebagai-dasar-penolakan-eksekusi-putusan-arbitrase-asing-di-indonesia/>> pada tanggal 6 Nopember 2013.

pelanggaran Ketertiban Umum (*Public Policy*), baik hanya sebatas melanggar peraturan perUndang-undangan saja (konsepsi sempit) atau terhadap prinsip-prinsip dalam masyarakat (konsepsi luas).⁶⁶ Dari penjelasan tersebut, dianggap bahwa Pengadilan Indonesia lebih condong mengikuti konsepsi luas dalam menafsirkan batasan Ketertiban Umum (*Public Policy*). Beliau mengatakan bahwa⁶⁷

“..an international arbitral award is final and binding. This means that an award is final and not subject to appeal. In some circumstances, however, the award is subject to challenge with regard to its finality and enforceability”

Dalam Pasal 68 UU No 30 Tahun 1999 memang menganut prinsip final dan mengikat (karena diakuinya putusan arbitrase asing tidak bisa diajukan banding), namun dalam keadaan tertentu, isi putusan arbitrase asing tersebut dapat diuji keabsahannya dan pelaksanaannya. Hal ini tercermin dari Pasal 66 UU No 30 Tahun 1999 yang memberikan dasar ditolaknya pelaksanaan sebuah putusan arbitrase asing. Untuk dapat dilaksanakan, sebuah putusan arbitrase asing wajib dimintakan eksekusi (*exequatur*) kepada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, namun sebelum eksekusi tersebut diberikan, Ketua Pengadilan Negeri Jakarta Pusat akan menguji apakah putusan arbitrase asing yang bersangkutan melanggar Ketertiban Umum (*Public Policy*) Indonesia. Apabila melanggar, maka putusan arbitrase asing tersebut tidak dapat dieksekusi, tetapi apabila tidak melanggar, putusan arbitrase asing tersebut akan diberikan eksekusi yang menjadi kewajiban dari panitera pengadilan untuk melakukannya.⁶⁸

2.2.1 Pembatalan Putusan Arbitrase Asing Dalam UU No 30 Tahun 1999

Mengenai kewenangan membatalkan suatu putusan arbitrase asing, Bab VII (Pasal 70 sampai dengan Pasal 72) UU No 30 Tahun 1999 memang mengatur dasar-

⁶⁶ Fifi Junita, *Judicial Review of International Arbitral Awards on the Public Policy Exception In Indonesia*, Jurnal International Arbitration, Volume 29:4 (2012), diunduh dari <<http://www.kluwarbitration.com/CommonUI/journals.aspx?journal=Journal+of+International+Arbitration&volume=Volume+29+%282012%29>>, pada tanggal 6 Nopember, hlm. 415.

⁶⁷ *Ibid.*, hlm.407

⁶⁸ *Ibid.*

dasar untuk membatalkan sebuah putusan arbitrase, namun tidak jelas apakah hanya putusan arbitrase domestik atau juga mencakup putusan arbitrase asing. Secara prinsip, hukum di Indonesia tidak mempunyai dasar untuk membatalkan sebuah putusan arbitrase asing, UU No 30 Tahun 1999 hanya memberikan dasar untuk tidak mengakui dan tidak melaksanakan suatu putusan arbitrase asing. Ketidakpastian Bab VII dari UU No 30 Tahun 1999 menimbulkan pertanyaan baru apakah Pengadilan Negeri berhak membatalkan putusan arbitrase asing dan terdapat pendapat-pendapat yang berbeda mengenai lingkup keberlakuan Bab VII tersebut. Di satu sisi, beberapa ahli mengatakan bahwa lingkup Bab VII dari UU No 30 Tahun 1999 hanya berlaku terhadap putusan arbitrase domestik saja, oleh karena hukum Indonesia hanya terbatas pada wilayah teritorial Indonesia saja,⁶⁹ (asas teritorial) namun disisi lain dalam praktek, pihak-pihak yang bersengketa tetap mengajukan permohonan kepada pengadilan untuk membatalkan sebuah putusan arbitrase asing dan seringkali permohonan tersebut dikabulkan. Hal tersebut juga menimbulkan pertanyaan apakah sebuah putusan yang dibatalkan oleh Pengadilan Negeri Jakarta Pusat juga menjadi batal di negara lainnya.

Sebagaimana dijelaskan diatas, bahwa sesuai asas teritorial, hukum Indonesia hanya berlaku di dalam wilayah yurisdiksi teritorial Indonesia saja, yang berarti apabila sebuah putusan arbitrase asing dibatalkan di Indonesia, negara lain boleh mengakui atau tidak mengakui pembatalan tersebut sesuai dengan hukumnya masing-masing. Konvensi New York 1958 sendiri membedakan antara pembatalan sebuah putusan arbitrase asing dan pengakuan serta penolakan pelaksanaan putusan arbitrase asing. Dalam Pasal V ayat 2 huruf b dari Konvensi New York 1958 menggunakan perkataan *recognition or enforcement* (pengakuan atau pelaksanaan) dan bukan *annulment* (pembatalan), sementara untuk membatalkan, Pasal V Konvensi New York 1958 menyatakan bahwa kewenangan mengesampingkan (*set aside*) atau menghentikan (*suspended*), yang dalam Pasal V tersebut diberikan kepada *Competent Authority* dari negara dimana putusan tersebut dibuat. *Competent Authority* sebagai pihak yang berwenang tidak diberikan penjelasan oleh konvensi tersebut karena berbeda dari negara

⁶⁹ Candra Irawan, *Aspek Hukum dan Mekanisme Penyelesaian Sengketa Di Luar Pengadilan (ADR) di Indonesia*, (Bandung: CV. Mandar M aju, 2010), hlm 142-145.

yang satu ke negara lainnya, namun secara eksplisit Konvensi New York 1958 menunjuk bahwa kewenangan membatalkan ada di negara dimana putusan tersebut dibuat, sehingga negara lain tidak punya kewenangan untuk membatalkan sebuah putusan arbitrase asing.⁷⁰ Dalam hal sebuah putusan arbitrase dibuat di luar, Pasal 65 dari UU No 30 Tahun 1999 menunjuk Pengadilan Negeri Jakarta Pusat sebagai *competent authority*, namun sebaliknya, apabila putusan arbitrase dibuat di Indonesia, *competent authority* untuk membatalkan atau menghentikan putusan arbitrase tersebut tetap dianggap ada pada lingkup peradilan secara normal. Penunjukkan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat sebagai *competent authority* terhadap putusan arbitrase asing sebagaimana dimaksud dalam Pasal 65 UU No 30 Tahun 1999 sedikit bertentangan dengan Pasal 3 dari UU No 30 Tahun 1999 yaitu⁷¹

“Pengadilan Negeri tidak berwenang untuk mengadili sengketa para pihak yang telah terikat dalam perjanjian arbitrase,”

dan Pasal 11 UU No 30 Tahun 1999 yaitu⁷²

“(1) Adanya suatu perjanjian arbitrase tertulis meniadakan hak para pihak untuk mengajukan penyelesaian sengketa atau beda pendapat yang termuat dalam perjanjiannya ke Pengadilan Negeri.

(2) Pengadilan Negeri wajib menolak dan tidak akan campur tangan di dalam suatu penyelesaian sengketa yang telah ditetapkan melalui arbitrase, kecuali dalam hal-hal tertentu yang ditetapkan dalam Undang-undang ini.”

Kedua pasal tersebut bertujuan untuk memperkecil campur tangan dan kewenangan badan pengadilan dalam penyelesaian sengketa dengan badan arbitrase, namun dengan adanya pemberian kewenangan terhadap Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, badan

⁷⁰ Joseph T. McLaughlin dan Laurie Genevro, *Enforcement of Arbitral Awards Under the New York Convention- Practise in U.S. Courts*, Berkeley Journal of International Law, Volume 3 Issue 2 Winter, Artikel 2 Tahun 1986, diunduh dari <<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1034&context=bjil>> pada tanggal 6 Nopember 2013, hlm. 23

⁷¹ Republik Indonesia, *Undang-Undang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa*, Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999, Lembar Negara No.138 Tahun 1999, Tambahan Lembar Negara No. 3872, Ps. 3.

⁷² *Ibid.* Ps. 11.

peradilan tetap mempunyai campur tangan yang signifikan terhadap pelaksanaan eksekusi.

Apabila dikaitkan dengan Ketertiban Umum (*Public Policy*), Pasal 70 dari UU No 30 Tahun 1999 yang mengatur mengenai pembatalan putusan arbitrase, tidak mencantumkan Ketertiban Umum (*Public Policy*) sebagai salah satu alasan untuk permohonan pembatalan putusan arbitrase. Namun berbeda dalam kasus *Pertamina v. Karaha Bodas Company LLC* dimana Pengadilan Negeri Jakarta Pusat yang memberi pengertian bahwa Pasal 70 UU No 30 Tahun 1999 mempunyai pengertian yang lebih luas, sehingga Ketertiban Umum (*Public Policy*) dapat dimasukkan sebagai alasan untuk pembatalan sebuah putusan arbitrase asing, sehingga hal tersebut menimbulkan kontradiksi dengan Pasal 66 dari UU No 30 Tahun 1999 yang menyatakan bahwa pelanggaran Ketertiban Umum (*Public Policy*) adalah dasar untuk penolakan pengakuan dan pelaksanaan sebuah putusan arbitrase asing.⁷³ Perlu juga dilihat bahwa interpretasi luas hakim Indonesia terhadap Ketertiban Umum (*Public Policy*) juga meliputi pelaksanaan prosedur arbitrase dan substansi arbitrase, sehingga pelanggaran proses beracara dan hal-hal yang diatur di dalam Pasal V ayat 1 huruf b dari Konvensi New York 1958 juga dapat diartikan menjadi pelanggaran Ketertiban Umum (*Public Policy*) Indonesia.⁷⁴

Menurut Fifi Junita, kesulitan dalam putusan arbitrase asing timbul karena UU No 30 Tahun 1999 menunjuk Pengadilan Negeri Jakarta Pusat untuk memberi interpretasinya sendiri terhadap lingkup Ketertiban Umum (*Public Policy*) dalam isi putusan yang bersangkutan, ditambah juga dengan tidak adanya batasan lingkup Ketertiban Umum (*Public Policy*) dalam UU No 30 Tahun 1999. Beliau menambahkan bahwa

⁷³ Fifi Junita, *Judicial Review of International Arbitral Awards on the Public Policy Exception In Indonesia*, Jurnal International Arbitration, Volume 29:4 (2012), diunduh dari <<http://www.kluwarbitration.com/CommonUI/journals.aspx?journal=Journal+of+International+Arbitration&volume=Volume+29+%282012%29>>, pada tanggal 6 Nopember, hlm 420.

⁷⁴ *Ibid.*

*Neither this provision specifically refers to the Indonesia Public Policy nor the international/domestic Public Policy. Therefore, this open nature of Public Policy may lead to an expansive interpretation since it covers both domestic and international Public Policy.*⁷⁵

Pengaturan dalam UU No 30 Tahun 1999 tidak menjelaskan apakah yang dimaksud dengan ketertiban umum dalam Pasal 65 harus diinterpretasikan dalam lingkup domestik atau internasional, sehingga memberikan lingkup yang luas karena mencakup baik lingkup Ketertiban Umum (*Public Policy*) domestik dan internasional.⁷⁶ Beliau membandingkan dengan Pasal 1498 hukum acara perdata Perancis yang membatasi penafsiran Ketertiban Umum (*Public Policy*) hanya dalam konteks Ketertiban Umum (*Public Policy*) internasional, pasal 1498 hukum acara perdata Perancis (*Code de Procédure Civil*) menyatakan bahwa “*Arbitral awards shall be recognized in France if the party relying on them establishes their existence and if this is not manifestly contrary to international Public Policy.*”⁷⁷

berarti pelanggaran Ketertiban Umum (*Public Policy*) domestik tidak dapat menjadi dasar tidak diakui dan dilaksanakannya sebuah putusan arbitrase asing.

2.2.2 Ketertiban Umum (*Public Policy*) dalam Kitab Undang-undang Hukum Perdata (*Burgerlijk Wetboek*)

Terkandung di dalam Pasal 1320 angka 4 Kitab Undang-undang Hukum Perdata, yang menyatakan bahwa salah satu syarat sahnya perjanjian adalah suatu sebab yang halal (kausa yang halal).⁷⁸ Menurut Raden Subekti, yang dimaksudkan dengan

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ Fifi Junita, *Refusing Enforcement of Foreign Arbitral Awards Under Article V (2) (b) Of The New York Convention: The Indonesian Perspective*, Jurnal 2 Contemporary Asia Arbitration 301, Tahun 2009, diunduh dari <<http://heinonline.org>> pada tanggal 28 Oktober 2013, hlm. 312

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata [Burgerlijk Wetboek]*, diterjemahkan oleh R. Subekti dan R. Tjitrosudibio, Cet. 39, (Jakarta: PT. Pradnya Paramita, 2008), Ps. 1320.

sebab atau *causa* yang halal tercermin dari isi dari perjanjian itu sendiri.⁷⁹ Suatu isi perjanjian yang melanggar hukum dan norma dianggap melanggar sebab yang halal, hal ini termasuk lingkup Ketertiban Umum (*Public Policy*) dalam konteks perjanjian. Pasal 1337 dari Kitab Undang-undang Hukum Perdata menjelaskan bahwa suatu sebab adalah terlarang apabila dilarang oleh undang-undang atau apabila berlawanan dengan kesusilaan baik atau ketertiban umum.⁸⁰

Pasal 1335 Kitab Undang-undang Hukum Perdata menjelaskan bahwa sebuah perjanjian yang melanggar sebab yang halal (syarat obyektif) tidak mempunyai kekuatan, untuk hal ini Subekti menjelaskan bahwa jika terjadi pelanggaran terhadap syarat obyektif, maka perjanjian itu batal demi hukum (*null and void*) dan dianggap sejak semula perjanjian itu tidak pernah ada.⁸¹ Hal ini memberikan dasar bagi pengadilan Indonesia untuk menolak segala hal yang bertentangan dengan hukum di Indonesia (baik pelanggaran kecil sekalipun) sebagai melanggar sebab yang halal, sehingga dalam mencari batasan Ketertiban Umum (*Public Policy*), seringkali pengadilan Indonesia menggunakan konsep Ketertiban Umum (*Public Policy*) domestik yang menyebabkan sebuah perjanjian menjadi batal demi hukum, sehingga putusan arbitrase asing tersebut tidak dapat dilaksanakan di Indonesia. Pasal 1320 Kitab Undang-undang Hukum Perdata memberikan pengaruh yang kuat terhadap hakim untuk menggunakan interpretasi luas terhadap Ketertiban Umum (*Public Policy*) sehingga tidak hanya putusan, tetapi perjanjian awal juga menjadi dasar dalam menentukan pelanggaran Ketertiban Umum (*Public Policy*).

Menurut Fifi Junita, pengertian sebab yang halal menurut Kitab Undang-undang Hukum Perdata lebih ambigu dengan adanya perkataan kesusilaan baik. Tetapi, beliau menyatakan bahwa secara umum, Pengadilan tidak membedakan antara Ketertiban Umum (*Public Policy*) dan kesusilaan baik, karena apabila sesuatu hal melanggar

⁷⁹ R. Subekti, *Hukum Perjanjian*, Cet. 21 (Jakarta: Intermasa, 2005), hlm. 19-20

⁸⁰ *Kitab Undang-Undang Hukum Perdata [Burgerlijk Wetboek]*, diterjemahkan oleh R. Subekti dan R. Tjitrosudibio (Jakarta: PT. Pradnya Paramita, 2008) Cetakan ke 39, Ps.1337.

⁸¹ R. Subekti, *Hukum Perjanjian*, (Jakarta: Intermasa, 2005) Cetakan ke 21, hlm.20

Ketertiban Umum (*Public Policy*) maka dianggap juga melanggar ‘kesusilaan baik’.⁸² Beliau menambahkan bahwa persamaan konsep Ketertiban Umum (*Public Policy*) dengan konsep ‘kesusilaan baik’ memberikan ketidaksamaannya persepsi mengenai Ketertiban Umum (*Public Policy*) di satu daerah dengan daerah lainnya, karena Indonesia merupakan negara multikultur dan adat, sehingga suatu hal dapat diterima di satu daerah namun dapat dianggap melanggar ‘kesusilaan baik’ (dan oleh karenanya Ketertiban Umum) di daerah lainnya.⁸³

2.2.3 Pluralisme Ketertiban Umum (*Public Policy*) Dalam Hukum Indonesia

Keragaman adat dan pluralisme di Indonesia otomatis menimbulkan nilai-nilai adat yang berbeda pula. Indonesia yang menganut asas konkordansi (sebagaimana diatur di dalam Pasal 131 *Indische Staatsregeling*) memisahkan subjek hukum natural di Indonesia kedalam empat golongan, yakni golongan Eropa, Timur Asing dan Indonesia asli. Untuk golongan Eropa berlaku hukum negaranya (*concordantie beginsel*) dan untuk golongan Timur Asing dapat menggunakan hukum bangsa Eropa baik seluruh atau sebagian (apabila kebutuhan masyarakat menghendakinya), sementara untuk orang Indonesia asli, dapat melakukan penundukkan diri (*onderweping*) terhadap hukum perdata Barat, namun bagi golongan Indonesia asli, selama masih belum terdapat hukum khusus yang mengatur, berlaku hukum adatnya masing-masing (termasuk juga hukum Islam).⁸⁴ Dari pembagian-pembagian golongan yang terdapat dalam hukum perdata Indonesia, terlihat jelas bahwa pluralisme hukum di Indonesia menambah kebingungan dalam menetapkan batasan Ketertiban Umum (*Public Policy*) domestik, sesuatu hal yang mungkin dianggap lumrah di suatu daerah dapat dianggap melanggar adat di daerah lainnya.

⁸² Fifi Junita, *Judicial Review of International Arbitral Awards on the Public Policy Exception In Indonesia*, Jurnal International Arbitration, Volume 29:4 (2012), diunduh dari <<http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/journals.aspx?journal=Journal+of+International+Arbitration&volume=Volume+29+%282012%29>>, pada tanggal 6 Nopember, hlm 423

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ R.Subekti, *Pokok-pokok Hukum Perdata*, (Jakarta: PT. Intermasa, 2003), Cetakan ke 31, hlm 11-12.

Dengan melihat karakteristik interpretasi yang luas oleh Pengadilan Indonesia terhadap Ketertiban Umum (*Public Policy*), maka sebuah putusan yang melanggar Ketertiban Umum (*Public Policy*) dari berbagai macam ragam hukum adat di Indonesia dapat menjadi alasan tidak dilaksanakannya sebuah putusan arbitrase asing di Indonesia. Hal ini memperbesar masalah yang dihadapi bagi pelaksanaan putusan arbitrase asing tersebut, karena tidak batasan tidak hanya terhadap Ketertiban Umum (*Public Policy*) domestik, tetapi juga terhadap Ketertiban Umum (*Public Policy*) regional harus diperhatikan. Mengenai pluralisme hukum, Fifi Junita menjelaskan bahwa

*It is clear that an expansive approach to a Public Policy exception in Indonesia is not only derived from a statutory basis, but also stems from domestic legal pluralism. This situation is more compounded by the lack of an agreed-upon international approach to the Public Policy exception.*⁸⁵

Diartikan bahwa pendekatan luas terhadap Ketertiban Umum (*Public Policy*) di Indonesia tidak hanya terhadap hukum nasional, tetapi juga terhadap pluralisme hukum domestik, situasi ini dipersulit dengan tidak adanya kesepakatan terhadap pendekatan internasional terhadap Ketertiban Umum (*Public Policy*).

Pendekatan luas hakim Indonesia terhadap lingkup Ketertiban Umum (*Public Policy*) dalam pelaksanaan putusan arbitrase asing menjadi permasalahan bagi pemohon eksekusi karena apabila putusan asing tersebut tidak diakui, pemohon harus melalui proses kasasi kembali, bahkan terdapat kemungkinan bahwa hak-nya (yang telah dimenangkan dalam proses arbitrase asing) tidak dapat dipulihkan dengan ditolaknya eksekusi oleh Pengadilan Negeri Jakarta Pusat. Sunaryati Hartono berpendapat bahwa pendekatan luas tersebut justru merugikan Indonesia, beliau menyatakan bahwa sikap Indonesia yang tidak menghormati putusan arbitrase asing untuk melakukan ganti rugi akan merusak perekonomian Indonesia, karena pelaku perdagangan asing akan tidak

⁸⁵ Fifi Junita, *Refusing Enforcement of Foreign Arbitral Awards Under Article V (2) (b) Of The New York Convention: The Indonesian Perspective*, Jurnal 2 Contemporary Asia Arbitration 301, Tahun 2009, diunduh dari <<http://heinonline.org>> pada tanggal 28 Oktober 2013, hlm. 320

mempercayai hukum Indonesia walaupun Indonesia telah meratifikasi Konvensi New York 1958.⁸⁶



⁸⁶ Sunaryati Hartono, *Penelitian Hukum di Indonesia Pada Akhir Abad Ke-20*, (Bandung: Alumni, 2006), hlm. 20-21.

BAB 3

PENERAPAN KETERTIBAN UMUM (*PUBLIC POLICY*) DI INDONESIA

Dalam Bab II di atas telah dibahas mengenai Ketertiban Umum (*Public Policy*) dalam doktrin dan di Indonesia. Untuk melihat secara konkrit bagaimana penerapan Ketertiban Umum (*Public Policy*) di Indonesia, perlu melihat beberapa kasus agar dapat melihat sikap Pengadilan Indonesia terhadap Ketertiban Umum (*Public Policy*). Sebagaimana dijelaskan sebelumnya, penundaan atau pembatalan sebuah putusan arbitrase asing menyebabkan kerugian terhadap pihak yang dimenangkan, dan juga membuat para pelaku bisnis enggan untuk berinvestasi di Indonesia karena iklim penyelesaian sengketa yang tidak memadai.

Terdapat beberapa kasus yang dibahas secara singkat dalam Tesis ini karena kasus-kasus tersebut menjadi *benchmark* atau tolak ukur dari sikap Indonesia terhadap penafsiran Ketertiban Umum (*Public Policy*) dan pelaksanaan putusan arbitrase asing yang akan dibahas secara singkat, misalnya kasus E.D & F. MAN (Sugar) Ltd v. Yani Haryanto pada tahun 1991, dimana pihak Indonesia membuat perjanjian untuk mengimpor gula dari E.D Man, pada masa tersebut, peraturan membatasi bahwa hanya BULOG (Badan Urusan Logistik) yang mempunyai kewenangan untuk melakukan impor gula, sehingga membuat pihak pembeli (Yani Haryanto) membatalkan kontrak tersebut. Kasus tersebut dibawa ke lembaga arbitrase di London dan pembeli dikalahkan. Pembeli kemudian meminta Pengadilan Indonesia untuk membatalkan kontrak awalnya dengan alasan melanggar Ketertiban Umum (*Public Policy*) yang kemudian dimenangkan sehingga putusan arbitrase dari London tersebut tidak dapat dilaksanakan di Indonesia.⁸⁷

Kasus lainnya yang patut diketahui adalah kasus Bankers Trust v. PT Mayora Indah Tbk dan Bankers Trust v. PT Jakarta International Development Tbk, dimana diawali dari perjanjian derivatif antara para pihak yang bersengketa. Perjanjian tersebut dibuat pada tahun 1995 (sebelum dikeluarkannya Undang-undang Arbitrase Nomor 30

⁸⁷ Leo/Apr, *Arbitrase, Pilihan Tanpa Kepastian*, diunduh dari <<http://www.hukumonline.com/berita/baca/hol1905/arbitrase-pilihan-tanpa-kepastian>>, pada tanggal 30 Oktober 2013.

Tahun 1999) saat Indonesia belum memasuki masa krisis moneter, kemudian terjadi krisis moneter yang menyebabkan pihak-pihak dari Indonesia tidak memenuhi kewajibannya dalam perjanjian. Kasus tersebut dibawa ke hadapan *London Court of International Arbitration* (LCIA) yang memenangkan Bankers Trust. Putusan LCIA tersebut didaftarkan di Pengadilan Indonesia, namun Pengadilan tidak mengabulkan permintaan tersebut dengan dasar bahwa perjanjian derivatif (menukarkan dua nilai mata uang di masa yang akan datang) dapat dianggap sebagai bentuk perjudian sehingga melanggar Ketertiban Umum (*Public Policy*) Indonesia.⁸⁸ Terlihat bagaimana Pengadilan disini melihat lingkup Ketertiban Umum (*Public Policy*) domestik dan bukan secara internasional maupun transnasional, dimana transaksi derivatif merupakan konsep yang diterima dalam dunia bisnis secara umum (transaksi derivatif sendiri pada akhirnya diatur dengan Peraturan Bank Indonesia Nomor 7/31/PBI/2005 tentang transaksi derivatif).

Kasus-kasus tersebut memberikan andil dalam pembentukan Undang-undang Nomor 30 Tahun 1999 terutama dalam pelaksanaan putusan arbitrase asing, namun hambatan pelaksanaan putusan arbitrase asing masih juga terjadi dalam prakteknya. Untuk itu tesis ini akan melihat beberapa kasus yang mencerminkan posisi Pengadilan Indonesia terhadap lingkup Ketertiban Umum (*Public Policy*) dalam arbitrase, misalnya

3.1 *PT. Pertamina EP, PT. Pertamina v. PT. Lirik Petroleum.*

Duduk perkara kasus tersebut bermula pada tahun 1991 antara PT Lirik Petroleum dan pihak Pertamina (PT. Pertamina EP dan kemudian digantikan PT. Pertamina) telah ditandatangani *Enhanced Oil Recovery Contract* (Kontrak EOR), yakni sebuah kontrak kerjasama dengan jangka waktu 15 tahun, dimana salah satu isi perjanjian adalah kewajiban pihak Pertamina untuk memberikan status komersialitas pada lapangan MIGAS (minyak dan gas) Molek, Pulau Utara, Pulau Selatan dan Lirik untuk dilakukan produksi minyak dengan metode

⁸⁸ Karen Mills, *Enforcement of Arbitral Award in Indonesia & Other Issues of Judicial Involvement in Arbitration*, diunduh dari <www.arbitralwomen.org/files/publication/4310102632224.pdf> pada tanggal 30 Oktober 2013, hlm. 26-29

Enhanced Oil Recovery oleh PT. Lirik Petroleum seperti yang diperjanjikan dalam Kontrak EOR. Seiring dengan jalannya kontrak, Pertamina hanya memberikan status komersialitas kepada lapangan MIGAS Lirik saja, sementara lapangan MIGAS Molek, Pulai Utara, Pulai Selatan tidak diberikan status komersialitas seperti yang diperjanjikan dalam Kontrak EOR. Kegagalan tersebut menyebabkan PT. Lirik Petroleum tidak dapat menjalankan proyek sebagaimana tertuang dalam Kontrak EOR dan menyebabkan kerugian terhadap PT. Lirik Petroleum yang berupa kehilangan atas keuntungan karena tidak mendapatkan *Incremental Oil* dari lapangan-lapangan MIGAS lainnya sejak tanggal 12 September 1995 sampai dengan 27 Maret 2006. Selain itu, pihak PT. Lirik Petroleum juga mendalilkan bahwa oleh karena pihak Pertamina tidak melakukan pemeliharaan terhadap pipa penyalur minyak, maka terjadi kemampatan total dari total sistem jalur pipa dari Lirik ke Terminal Buatan yang menyebabkan produksi minyak terhenti selama lebih dari 9 bulan. Mengenai hal ini, PT Lirik Petroleum berdalil bahwa kemampatan tersebut bukan merupakan *force majeure* sehingga pihak Pertamina harus bertanggung jawab atas kerugian karena mampatnya pipa penyalur minyak.

Apabila terjadi sengketa mengenai Kontrak EOR tersebut, para pihak sepakat untuk menggunakan ICC *Rules* sebagaimana tercantum dalam Pasal XII.1.4 Kontrak EOR yang menyatakan bahwa:

- i. Penyelesaian sengketa yang timbul dari EOR Contract dilakukan oleh Arbitrase yang berbentuk Majelis sesuai dengan ICC Rules;
- ii. Tempat Arbitrase berdasar klausula tersebut, dilakukan di Jakarta Indonesia;

Pada tanggal 25 Mei 2006 PT. Lirik Petroleum mengajukan permohonan arbitrase kepada Majelis ICC di Paris. Kemudian masing-masing pihak menunjuk Majelis Arbitrase dengan komposisi, Prof. Michael Pryles sebagai ketua, Prof. Dr. Priyatna Abdurrasyid sebagai anggota yang diusulkan PT. Lirik Petroleum dan Fred B.G Tumbuan sebagai anggota majelis arbitrase yang

diusulkan Pertamina. Maka lahirlah sengketa arbitrase nomor 14387/JB/JEM dilakukan di Jakarta dengan ICC Rules sesuai dengan Kontrak EOR.

Dalam sengketa tersebut Majelis Arbitrase memberikan putusan sela atau *Partial Award* pada tanggal 22 September 2008 dengan amar putusan (*Order*) sebagai berikut:⁸⁹

- 1) Both the First Respondent and Second Respondent are proper parties to this arbitration. The First Respondent is a party to the EOR Contract and the arbitration agreement in Section XII. The Second Respondent has voluntarily assumed the obligations of the First Respondent under the EOR Contract, including the obligation to arbitrate and has signed the Terms of Reference and participated in this arbitration.*
- 2) The First and Second Respondent wrongfully refused to accord commerciality to the Molek, South Pulai and North Pulai, in breach of the EOR contract, and are liable to pay damages to the Claimant for its loss of profits from being unable to realise Incremental Oil from these fields from 12 September 1995 to 27 March 2006.*
- 3) The total blockage of pipeline system from link to Buatan Terminal did not constitute an event of force majeure and accordingly the term of The EOR Contract expired on 27 March 2006.*
- 4) The Respondents failed to provide for the transport of oil through its pipeline system, in breach of its obligations under the EOR contract, from 21 December 1998 to 27 March 2006 and are liable to pay damages to the Claimant for all losses the Claimant suffered as result of the pipeline blockage during this period.*
- 5) The Respondents have failed to pay their share of the operating expenses incurred in producing crude oil in cash from May 1994 to 27 March 2006, in breach of the operating agreement contained in the EOR Contract. The Claimant is entitled to damages. for the loss it has sustained (if any) equal to the amount of the unpaid operating expenses plus interest at LIBOR plus 2% (in accordance with article 9.6 of the Operating Agreement) less the value of any proceeds receive and retained from the Respondents' 50% share of the Incremental Oil.*
- 6) The Respondents; Counterclaims are dismissed.*
- 7) All other decisions are left to a later award.*

atau diterjemahkan menjadi:

⁸⁹ Mahkamah Agung Republik Indonesia, *Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 904 K/PDT.SUS/2009*, tanggal 9 Juni 2010.

1) Baik Termohon 1 maupun Termohon 2 adalah pihak yang memenuhi syarat dalam arbitrase ini. Termohon 1 adalah pihak dalam EOR Contract dan telah menyetujui klausula arbitrase yang diatur dalam Bagian XII. Termohon 2 telah secara voluntaer menerima kewajiban Termohon 1 berdasarkan EOR Contract, termasuk kewajiban untuk berarbitrase dan telah menandatangani *Term of Reference* dan berpartisipasi dalam arbitrase ini.

2) Penolakan Termohon 1 dan 2 untuk memberikan komersialitas pada Lapangan Molek, South Pulai dan North Pulai adalah salah karena melanggar EOR Contract oleh karena itu bertanggungjawab untuk membayar ganti kerugian kepada Pemohon atas kerugian berupa kehilangan atas keuntungan karena tidak mendapat *Incremental Oil* dari lapangan-lapangan tersebut sejak 12 September 1995 sampai 27 Maret 2006.

3) Pemampatan total sistem jalur pipa dari Lirik ke Terminal Buatan bukan merupakan *force majeure* dan EOR Contract berakhir pada 27 Maret 2006.

4) Kegagalan para Termohon menyediakan penyaluran minyak melalui sistem jalur pipanya, merupakan wanprestasi memenuhi kewajibannya berdasarkan EOR Contract sejak 21 Desember 1998 sampai 27 Maret 2006. Oleh karena itu, bertanggungjawab atas kerugian yang Pemohon derita selama periode dimaksud.

5) Para Termohon telah gagal untuk membayar kewajiban mereka secara tunai atas biaya operasi yang dikeluarkan untuk memproduksi minyak mentah sejak bulan Mei 1994 sampai 27 Maret 2006, sehingga melanggar perjanjian dalam EOR Contract. Dengan demikian, Pemohon berhak memperoleh ganti kerugian yang berlanjut (jika ada) setara dengan besaran dari biaya operasi yang tidak dibayar ditambah suku

bunga LIBOR plus 2% (sesuai dengan Pasal 9.5. dari Perjanjian Operasi) dikurangi nilai untuk setiap hasil yang akan diterima Termohon sebesar 50% dari *Incremental Oil*.

6) Menolak seluruh tuntutan rekonvensi dari para Termohon,

7) Keputusan mengenai hal-hal lainnya akan dijatuhkan dalam putusan selanjutnya.

dan *Final Award* (Putusan Akhir) tertanggal 27 Pebruari 2009 yang berbunyi:⁹⁰

86. *Tribunal awards, orcierrand (sic) declare as follows:*

(a) *The Respondents shall pay to the Claimant the sum of US\$ 34,172,178 as damages for breach of the EOR Contract (and comprising US\$25,311, 940 for commerciality issue;*

US\$ 8,722,569 for the pipeline failure issue and US\$ 137,669 for the failure of payment claim);

(b) *In addition to the damage awarded in paragraph (a), the Respondents shall pay to the Claimant the sum of US\$323,250 being the share of the arbitrators fees and expenses and the ICC administrative expenses paid by the Claimant;*

(c) *Thus the total amount payable by the Respondent to the Claimant is US\$34, 495; 428:*

87. *The Respondent shall pay interest on the total amount payable, as specified in paragraph 86(c), from the date of registration of this Final Award under Article 59 of the Indonesian Arbitration Law or the obtaining of an order of Exequatur under Article 66 of the Indonesian Arbitration Law until the date of payment at the rate of 6% p.a.*

88. *Each party is to bear its own legal and other costs.*

89. *All other claims and request are rejected.*

Diterjemahkan menjadi:

86. Majelis Arbitrase memutuskan, memerintahkan dan menetapkan sebagai berikut:

(a) Para Termohon diwajibkan untuk membayar kepada Pemohon, sejumlah US\$ 34.172.178 sebagai ganti kerugian atas pelanggaran terhadap EOR Contract (dan terdiri atas US\$ 25.311.940 untuk masalah

⁹⁰ *Ibid.*

komersialitas, US\$ 8.722.569 untuk masalah kegagalan jalur pipa dan US\$ 137.669 untuk masalah klaim kegagalan dalam membayar);

(b) Sebagai tambahan atas ganti kerugian yang diberikan dalam paragraf (a) Para Termohon diwajibkan untuk membayar kepada Pemohon sejumlah US\$ 323.250 sebagai bagian atas biaya dan pengeluaran Arbiter serta pengeluaran administratif ICC yang dibayarkan oleh Pemohon;

(c) Dengan demikian, jumlah total yang wajib dibayar oleh Para Termohon kepada Pemohon adalah US\$ 34.495.428.

87. Para Termohon diwajibkan untuk membayar bunga atas jumlah total yang harus dibayarkan, sebagaimana disebutkan dalam Paragraf 86 (c), dari tanggal pendaftaran Final Award berdasarkan Pasal 59 Undang-undang Arbitrase Indonesia atau memperoleh eksekutur berdasarkan Pasal 66 Undang-undang Arbitrase Indonesia sampai dengan tanggal pembayaran sebesar 6% per tahun.

88. Masing-masing pihak memikul sendiri biaya hukum dan biaya lainnya.

89. Menolak tuntutan-tuntutan selebihnya.

Kemudian Majelis Arbitrase mendaftarkan putusan arbitrase asing tersebut kepada kepaniteraan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat pada tanggal 20 April 2009 untuk dapat dilaksanakan eksekusi. Putusan arbitrase tersebut didaftarkan sebagai putusan arbitrase internasional oleh karena penggunaan tata cara ICC *Rules*.

Pertamina kemudian melakukan perlawanan terhadap permohonan eksekusi putusan arbitrase nomor 14387/JB/JEM tersebut dengan dasar utama adalah putusan arbitrase tersebut cacat hukum karena melanggar ketertiban

umum dan oleh karenanya *non-executable*. Pelanggaran dalam pemberian putusan arbitrase asing yang didalilkan oleh Pertamina antara lain:

- a. Putusan arbitrase nomor 14387/JB/JEM dijatuhkan di wilayah hukum Republik Indonesia dan karenanya bukan merupakan putusan arbitrase asing, sehingga harus mengikuti prosedur eksekusi putusan arbitrase nasional;
- b. Putusan tersebut tidak berirah-irah “Demi Keadilan Berdasarkan KeTuhanan Yang Maha Esa” dan karenanya tidak bersifat eksekutorial;
- c. Pertamina diberikan oleh negara (melalui peraturan perundang-undangan) sebuah hak eksklusif dan dengan demikian tidak berkedudukan setara dengan kontraktor. Berarti Pertamina mempunyai kewenangan atas dasar pertimbangan sendiri untuk tidak memberikan status komersialitas yang menjadi dasar sengketa;
- d. Putusan arbitrase nomor 14387/JB/JEM melanggar asas *ultra petita* karena mengabulkan melebihi apa yang diminta. Sehingga putusan tersebut mengandung *ultra vires* yang memberikan sesuatu melebihi kewenangannya, dengan tidak mempertimbangkan adanya *ultra petita*, putusan arbitrase asing tersebut melanggar Ketertiban Umum (*Public Policy*);
- e. Pertimbangan putusan mengandung kontradiksi antara apakah putusan tersebut putusan domestik atau internasional yang terkait dengan asas teritorial sebagai faktor penentu apakah sebuah putusan bersifat nasional atau internasional;
- f. Permohonan eksekusi oleh Majelis Arbitrase tidak memenuhi prosedur yang diatur oleh Pasal 67 ayat (2) dari UU Nomor 30/1999;

Selain pelanggaran-pelanggaran tersebut, Pertamina juga mendalilkan bahwa putusan tersebut melanggar Ketertiban Umum (*Public Policy*) Indonesia. Dengan adanya kewajiban bagi Pertamina untuk memberikan status komersialitas kepada sebuah lapangan MIGAS, mengeyampingkan kewenangan Pertamina sebagai satu-satunya pemegang kuasa pertambangan atas MIGAS,

mewakili negara yang diberikan oleh Undang-Undang untuk mengurus segala sesuatu yang berkaitan dengan MIGAS. Oleh karenanya, Pertamina berdalil bahwa amar putusan yang dikeluarkan Majelis Arbitrase telah dengan sengaja mengeyampingkan hak mutlak dan kewenangan (yang diberikan oleh Undang-undang) Pertamina menentukan suatu lapangan MIGAS dapat diberikan status komersialitas atau tidak, dan karenanya melanggar Ketertiban Umum (*Public Policy*) Indonesia. Dalam dalilnya, Pertamina menambahkan bahwa dengan dikabulkannya putusan arbitrase asing tersebut, dapat menimbulkan kerugian yang berlanjut bagi negara karena:

- i. sebagian besar ganti rugi yang diwajibkan dalam putusan melekat pada aspek komersialitas yang ditolak Pertamina sebagaimana telah di dalilkan sebelumnya, dan eksekusi tersebut ditanggung oleh Pertamina yang merupakan Badan Usaha Milik Negara, maka eksekusi tersebut ditanggung oleh negara;
- ii. dikabulkannya eksekusi putusan arbitrase asing tersebut akan memberikan jalan bagi pihak-pihak lain yang ingin memperlakukan aspek komersialitas yang merupakan prinsip penguasaan negara yang diberikan kepada Pertamina sesuai dengan Pasal 33 Undang-Undang Dasar 1945, dan akan berpotensi membawa kerugian yang lebih besar bagi negara.

Mengenai pemberian aspek komersialitas, Pertamina dalam dalilnya menjelaskan lebih lanjut bahwa Undang-undang Nomor 8 Tahun 1971 tentang Perusahaan Minyak dan Gas Bumi Negara (UU No. 8 Tahun 1971) mengatur mengenai prinsip-prinsip ketertiban umum yang menyangkut MIGAS, oleh karena itu pelaksanaan Kontrak EOR harus mengikuti prinsip-prinsip yang terkandung di dalam peraturan-peraturan tersebut. Pasal 11 dari UU No. 8 Tahun 1971 menetapkan Pertamina sebagai satu-satunya perusahaan negara yang memang sengaja didirikan Pemerintah sebagai pemegang wilayah hukum pertambangan MIGAS. Pasal 12 dari UU No. 8 Tahun 1971 memberikan hak eksklusif kepada Pertamina untuk mengatur segala kebijaksanaan mengenai

syarat-syarat pelaksanaan pembangunan pertambangan MIGAS dengan kontraktor/investor. Pasal 12 tersebut memberikan Pertamina kewenangan untuk mengatur syarat-syarat sendiri dalam mengadakan sebuah perjanjian (dalam hal ini Kontrak EOR) dan investor/kontraktor harus tunduk pada persyaratan-persyaratan tersebut. Disini memang diberikan suatu kedudukan yang lebih tinggi oleh undang-undang terhadap Pertamina, agar penguasaan negara atas MIGAS dapat diperuntukkan sebesar-besarnya bagi kemakmuran rakyat sesuai dengan Undang-Undang Dasar 1945. Maka pemberian atau tidak adanya pemberian status komersialitas terhadap suatu lapangan MIGAS oleh Pertamina berada dalam hak eksklusif Pertamina. Maka, Pertamina berdalil bahwa angka 2,3 dan 5 dari *Partial Award* tersebut menyatakan Pertamina wajib memberikan persetujuan status komersialitas yang diminta oleh PT. Lirik Petroleum, hal ini mengeyampingkan hak eksklusif Pertamina tersebut harus dianggap melanggar Ketertiban Umum (*Public Policy*) Indonesia yang terkandung dalam Undang-Undang Dasar 1945 dan UU No. 8 Tahun 1971. Kemudian, dengan menempatkan Pertamina dan PT. Lirik Petroleum dalam kedudukan yang sejajar dalam Kontrak EOR, Majelis Arbitrase melanggar kewenangan hak eksklusif Pertamina sebagai pihak yang berwenang terhadap lapangan MIGAS sehingga dengan demikian putusan Majelis Arbitrase bertentangan dengan paham kemakmuran sebesar-besarnya bagi rakyat dan bangsa Indonesia.

Pengadilan Negeri Jakarta Pusat memutuskan bahwa putusan arbitrase nomor 14387/JB/JEM adalah putusan arbitrase asing dan dapat dilakukan eksekusi pada tanggal 15 April 2010 melalui Putusan Nomor 445/Pdt.G/2009/PN.JKT.PST. Kemudian Pertamina mengajukan banding kepada Pengadilan Tinggi Jakarta yang membatalkan putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat tersebut dengan putusannya yang dikeluarkan pada tanggal 5 April 2011 dengan nomor 513/PDT/2012/PT.DKI. PT. Lirik Petroleum kemudian melakukan perlawanan terhadap putusan Pengadilan Tinggi tersebut dengan mengajukan permohonan kasasi tertanggal 18 Agustus 2011 nomor 63/Srt.Pdt.Kas/2011/PN.JKT.PST. Juga pada saat bersamaan, berjalan pula

sidang permohonan banding di Mahkamah Agung untuk melaksanakan putusan Arbitrase nomor 14387/JB/JEM yang terdaftar dalam nomor perkara 904/K/PDT.SUS/2009. Dalam sidang kasasi tersebut, Mahkamah Agung memutuskan untuk menguatkan kembali putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat dan karenanya menghukum Pertamina untuk membayar semua *Partial Award* dan *Final Award* kepada PT. Lirik Petroleum dan kemudian pada sidang lainnya membatalkan putusan Pengadilan Tinggi pada tanggal 24 Mei 2012 dengan putusan nomor 144/K/Pdt/2012 yang diperkuat dengan putusan 904/K/PDT.SUS/2009 tersebut.

Dalam Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 904/K/PDT.SUS/2009, mengenai pelanggaran Ketertiban Umum (*Public Policy*), Mahkamah Agung berpendapat bahwa pihak Pertamina telah terikat kontrak dengan PT. Lirik Petroleum dengan dibuatnya Kontrak EOR yang disetujui secara voluntair. Dengan demikian Pertamina secara voluntair menerima semua kewajiban yang tertuang di dalam Kontrak EOR tersebut sehingga sebagai badan hukum yang melaksanakan haknya di bidang komersial harus berpedoman pada prinsip *good governance* dan *fairness* dalam melakukan perbuatan-perbuatan perdata, sehingga memberikan posisi Pertamina dan PT. Lirik Petroleum kedudukan yang sama (tidak ada yang memiliki posisi lebih tinggi). Oleh karenanya Pertamina harus bertanggung jawab atas wanprestasi sebagaimana tertuang di dalam putusan Majelis Arbitrase tersebut dan putusan tersebut tidak dapat dianggap melanggar Ketertiban Umum (*Public Policy*) yang termaktub di dalam Pasal 33 Undang-Undang Dasar 1945, oleh karenanya Mahkamah Agung mengabulkan pelaksanaan eksekusi putusan Arbitrase nomor 14387/JB/JEM tersebut.

Terdapat pula *dissenting opinion* mengenai putusan Mahkamah Agung diatas, dimana Hakim Agung Prof. Rehngena Purba, SH., MS., memberikan pendapat bahwa putusan Arbitrase nomor 14387/JB/JEM tersebut melanggar Ketertiban Umum (*Public Policy*) Indonesia. Beliau berpendapat bahwa

Pertamina sebagai satu-satunya perusahaan negara yang diberikan kewenangan terhadap MIGAS, bertindak mewakili negara untuk menandatangani kontrak dengan pihak lain. Berdasarkan kewenangan mewakili negara tersebut, Pertamina tidak bisa disetarakan dengan badan hukum/pihak perdata lainnya dan karenanya Pertamina wajib bertindak untuk sebesar-besarnya kesejahteraan rakyat Indonesia. Beliau menyatakan bahwa tindakan Pertamina yang menolak pemberian status komersialitas pada lapangan MIGAS tertentu adalah kewenangan/kebijakan Pertamina dalam menyelamatkan negara dari kerugian yang dapat mengganggu stabilitas negara/ketertiban umum. Maka dengan dasar tersebut, beliau menganggap bahwa pelaksanaan putusan Arbitrase nomor 14387/JB/JEM tersebut justru melanggar Ketertiban Umum (*Public Policy*) di Indonesia.

Dari kasus ini dapat dilihat bahwa belum terdapat konsensus mengenai lingkup Ketertiban Umum (*Public Policy*) mana yang akan digunakan dalam pelaksanaan putusan arbitrase asing. Di satu sisi, Hakim menggunakan pandangan sempit, yang hanya melihat pelanggaran Ketertiban Umum (*Public Policy*) secara transnasional. Majelis Hakim mewajibkan kepada Pertamina untuk mengikuti prinsip *good corporate governance* dan *fairness* dalam melakukan perbuatan-perbuatan perdata, dimana hal ini akan melindungi semua pihak dengan adanya kesetaraan kedudukan dalam kontrak. Sementara di sisi lainnya, Hakim Agung Prof. Rehngena Purba, SH., MS., menggunakan lingkup Ketertiban Umum (*Public Policy*) luas yang melihat Pertamina sebagai sebuah entitas yang mewakili negara dan oleh karenanya tidak dapat disetarakan dengan *private entity* lainnya.

Walaupun pada akhirnya putusan arbitrase asing ini dapat di eksekusi, pada kenyataannya putusan arbitrase asing ini tidak dapat dengan langsung dan seketika di eksekusi untuk mengganti kerugian pihak yang dirugikan (*reparation of rights*). Dibutuhkan 4 tahun (dari 2009 sampai dengan 2012) untuk PT. Lirik Petroleum agar dapat melakukan eksekusi terhadap Pertamina, dan dalam 4

tahun tersebut PT Lirik Petroleum harus tetap mengeluarkan biaya untuk proses acara di pengadilan nasional sampai tingkat Mahkamah Agung. Apabila dicermati, terdapat dua sidang bersamaan mengenai pelaksanaan putusan Arbitrase nomor 14387/JB/JEM. Pihak Pertamina juga mengajukan permohonan Peninjauan Kembali yang kemudian ditolak oleh Mahkamah Agung dengan putusan nomor 56 PK/PDT.SUS/2011 dengan alasan bahwa Mahkamah Agung ditunjuk oleh UU No 30 Tahun 1999 sebagai tingkat banding pertama dan terakhir, oleh karenanya tidak dapat lagi diajukan Peninjauan Kembali.

Hal tersebut bukan pertama kali terjadi kepada Pertamina dimana hal tersebut pernah terjadi dalam kasus lainnya yang menyangkut Pertamina dan pelaksanaan putusan arbitrase asing.

3.2 ***Karaha Bodas Company LL.C v. Pertamina***

Kasus ini terjadi pada saat pembentukan UU No 30 Tahun 1999 dan kasus ini menjadi salah satu kasus penting dalam melihat pandangan Ketertiban Umum (*Public Policy*) oleh Pengadilan Indonesia. Kasus Pertamina v. Karaha Bodas Company, LLC. (KBC) dan Perusahaan Listrik Negara (PLN) dimana pihak-pihak dari Indonesia merupakan perusahaan milik negara. Dimulai dari perjanjian kerjasama antara para pihak melalui *Joint Operating Contract* (JOC) antara Pertamina dan Karaha Bodas Company, LLC. dan *Energy Sales Contract* (ESC) antara Pertamina, PLN, dan Karaha Bodas Company, LLC. Dalam JOC, Pertamina bertindak sebagai pihak yang menjalankan operasi dibidang *geothermal* (panas bumi) dan KBC bertindak sebagai kontraktor yang berkewajiban untuk melakukan pengembangan energi panas bumi dan menjalankan fasilitas pembangkit tenaga listrik panas bumi. Sementara ESC merupakan kontrak jual beli dimana PLN setuju untuk membeli tenaga listrik yang dihasilkan dari fasilitas pembangkit tenaga listrik panas bumi sesuai dengan JOC tersebut.

Pada saat proyek tersebut berjalan, terjadi krisis moneter pada tahun 1997 yang melanda Indonesia. Atas desakan *International Monetary Fund* (IMF), pemerintah Indonesia kemudian meninjau proyek-proyek pembangunan. Atas tinjauan proyek-proyek pembangunan tersebut, untuk menanggulangi gejolak moneter, pemerintah mengeluarkan Keputusan Presiden No. 39 Tahun 1997 tertanggal 20 September 1997, yang menangguhkan sementara proyek-proyek yang tercakup dalam JOC dan ESC (proyek Karaha Bodas) tersebut. Kemudian pemerintah mengeluarkan Keputusan Presiden Nomor 47 Tahun 1997 tanggal 1 Nopember 1997 yang menyatakan bahwa proyek Karaha Bodas dapat diteruskan. Tetapi dengan Keputusan Presiden nomor 5 Tahun 1998, proyek Karaha Bodas kembali ditangguhkan. Dengan adanya peraturan tersebut, proyek Karaha Bodas secara resmi telah ditangguhkan oleh pemerintah Republik Indonesia.⁹¹

Atas penghentian proyek tersebut, pihak Pertamina melakukan pembatalan terhadap proyek Karaha Bodas dengan dasar *force majeure* dikarenakan intervensi pemerintah, sesuai dengan forum penyelesaian sengketa yang disetujui dalam JOC dan ESC, KBC mengajukan permohonan arbitrase di Jenewa, Swiss kepada Tribunal dibawah yurisdiksi *International Center for Settlement of Investment Disputes* (ICSID) yang menggunakan UNCITRAL (*United Nations Commission On International Trade Law*) Rules dimana hal ini juga sesuai dengan klausula arbitrase yang terdapat dalam JOC dan ESC.⁹² Lembaga arbitrase Jenewa kemudian menjatuhkan putusan pada tanggal 18 Desember 2000 yang menyatakan bahwa Pertamina harus membayar sejumlah US\$ 266.166.654,- dengan bunga 4% per annum (Putusan Arbitrase Jenewa).

⁹¹ Pengadilan Distrik Texas, Houston, *In The Matter of an Arbitration Between, Karaha Bodas Company, L.L.C., Petitioner, v. Perusahaan Pertambangan Minyak dan Gas Bumi Negara, Respondent, Civil Action Number H 01-0634, 190 F. Supplement 2d 936; 2001*, diunduh dari <www.lfip.org/lawe506/documents/session14/E506kbTXdist113001.doc> pada tanggal 30 Oktober 2013.

⁹² Karen Mills, *Enforcement of Arbitral Award in Indonesia & Other Issues of Judicial Involvement in Arbitration*, diunduh dari <www.arbitralwomen.org/files/publication/4310102632224.pdf>, pada tanggal 30 Oktober 2013, hlm. 32-33.

Pertamina kemudian mengajukan pembatalan putusan arbitrase asing tersebut kepada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat. Dalam dalilnya, Pertamina menyatakan bahwa dalam mengambil putusan, Majelis Arbitrase tidak menghiraukan hukum Indonesia sebagai pilihan hukum dalam kontrak. Pertamina berdalil bahwa:

- i. Putusan Arbitrase Jenewa keliru menafsirkan *force majeure* menurut hukum Indonesia, dimana Majelis Arbitrase menganggap bahwa *government related event* hanya merupakan *force majeure* terhadap KBC dan tidak terhadap Pertamina atau PLN. Para Arbiter beranggapan bahwa dengan adanya Keputusan Presiden nomor 5 Tahun 1998 hanya memberikan keadaan kahar terhadap KBC, sehingga sebagai alasan untuk KBC untuk tidak melakukan kewajiban-kewajibannya, sementara penangguhan oleh Keppres tersebut bukan menjadi alasan *force majeure* terhadap Pertamina dan PLN dan oleh karenanya Pertamina dan PLN dianggap telah melakukan wanprestasi. Hal tersebut bertentangan dengan Ketertiban Umum (*Public Policy*) Indonesia dimana sebuah peraturan yang dikeluarkan pemerintah berlaku terhadap semua pihak, sehingga Pertamina dan PLN juga harus mengikuti penangguhan tersebut, oleh karenanya Putusan Arbitrase Jenewa melanggar Pasal 1245 Kitab Undang-undang Hukum Perdata dan dengan demikian melanggar Ketertiban Umum (*Public Policy*) Indonesia;
- ii. Penangguhan oleh pemerintah membuat dijalankannya proyek Karaha Bodas melawan hukum. Pasal 1337 Kitab Undang-undang Hukum Perdata menentukan bahwa sebuah causa adalah terlarang apabila bertentangan dengan undang-undang atau ketertiban umum. Maka proyek Karaha Bodas tidak dapat diteruskan karena melanggar peraturan yang ada, dan JOC serta ESC harus dianggap sebagai perjanjian yang tidak mempunyai kekuatan hukum karena melanggar suatu causa terlarang;
- iii. Sesuai pertimbangan dalam Keputusan Presiden nomor 5 Tahun 1998, peraturan tersebut ada sebagai upaya untuk mengatasi gejolak moneter

yang sedang dihadapi Indonesia, dengan demikian peraturan tersebut dikeluarkan Pemerintah Republik Indonesia untuk kepentingan penyelamatan negara dan rakyat Indonesia yang antara lain diakibatkan oleh depresiasi mata uang Rupiah terhadap mata uang Dollar Amerika Serikat. Oleh karenanya diteruskannya proyek Karaha Bodas akan menyebabkan beban terhadap negara, maka demi menjaga ketertiban umum, pemerintah Indonesia memandang perlu untuk menanggukuhkan proyek Karaha Bodas.

Dengan dalil-dalil demikian, Pertamina mengajukan permohonan kepada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat untuk menolak pelaksanaan Putusan Arbitrase Jenewa, serta diminta pembatalannya. Pertamina juga berdalil bahwa pengambilan Putusan Arbitrase Jenewa melanggar Pasal V (1) huruf B dari Konvensi New York 1958 karena Pertamina tidak diberitahukan secara layak mengenai pengangkatan Arbiter serta tidak adanya *proper notice* kepada Pertamina sehingga membuat susunan para Arbiter tidak sesuai prosedur, dan oleh karenanya Putusan Arbitrase Jenewa tersebut harus dibatalkan.

Pengadilan Negeri Jakarta Pusat mengeluarkan putusan nomor 86/Pdt.G/2002/PN-Jkt.Pst tertanggal 27 Agustus 2002 yang membatalkan putusan arbitrase asing tersebut dengan alasan bahwa perjanjian tersebut tunduk pada hukum Indonesia dan oleh karena itu, materi yang digunakan dalam peradilan arbitrase tersebut bertentangan dengan Ketertiban Umum (*Public Policy*) Indonesia, dimana dalam hal ini Keputusan Presiden untuk menghentikan proyek Karaha Bodas termasuk *force majeure* dan merupakan tindakan pencegahan oleh pemerintah Indonesia (*government related event*). Kasus tersebut berlanjut sampai tingkat kasasi dimana Mahkamah Agung Republik Indonesia dengan putusannya nomor 01/banding/wasit.int/2002 menyatakan bahwa Pengadilan Negeri Jakarta Pusat tidak berhak untuk membatalkan putusan arbitrase asing, yang dikuatkan dengan penolakan permohonan Peninjauan Kembali yang diajukan Pertamina dengan putusan nomor 444 PK/Pdt/2007.

Apabila ditinjau dari sikap Pengadilan Negeri Jakarta Pusat yang membatalkan Putusan Arbitrase Jenewa dengan alasan melanggar Ketertiban Umum (*Public Policy*) Indonesia, disini harus dilihat bahwa hakim menggunakan pandangan luas terhadap Ketertiban Umum (*Public Policy*) dan mengutamakan ruang lingkup Ketertiban Umum (*Public Policy*) domestik dalam pengambilan putusan. Alasan tersebut diambil karena melihat tingkat kerugian yang akan di derita oleh negara dengan dikabulkannya eksekusi putusan arbitrase asing tersebut, sementara dalam pandangan yang luas, Pertamina sebagai badan usaha milik negara apakah dapat terpengaruhi oleh *government related event*. Kasus ini merupakan contoh problematika penggunaan Ketertiban Umum (*Public Policy*) oleh pengadilan Indonesia. Serta kasus ini menimbulkan sebuah kesan yang buruk terhadap iklim penyelesaian sengketa di Indonesia dimana sebuah penundaan dan/atau pembatalan putusan arbitrase asing dapat menyebabkan iklim bisnis yang buruk karena penundaan selama lebih dari 10 tahun menyebabkan kerugian waktu dan dana untuk kedua belah pihak, terutama pihak KBC yang dimenangkan dalam putusan.

Terdapat kasus lainnya yang serupa yakni kasus antara

3.3 *Harvey Nichols and Company Limited v. PT. Hamparan Nusantara dan PT. Mitra Adiperkasa, Tbk.*

Pada tanggal 23 Januari 2007, antara pihak *Harvey Nichols and Company Limited* (Harvey Nichols) dan pihak PT. Hamparan Nusantara, PT. Mitra Adiperkasa, Tbk. (bersama-sama disebut MAP) masuk dalam sebuah *Exclusive Licensing Agreement* yang memberikan lisensi kepada MAP untuk membuka toko dengan nama Harvey Nichols. Dalam jangka kontrak, ternyata MAP menutup toko tersebut dan karenanya melanggar isi kontrak. Sehingga sesuai dengan klausul arbitrase, Harvey Nichols membawa kasus tersebut pada tanggal 14 Juni 2010 kepada *Chartered Institute of Arbitrator* di London, Inggris, sebuah badan arbitrase yang berkedudukan di Inggris, yang mengeluarkan putusan arbitrase nomor IDRS 129100009. Pada tanggal 12 Mei

2010, *Chartered Institute of Arbitrator* menunjuk arbiter tunggal yakni Tuan Stephen Males untuk menjadi arbiter dalam kasus tersebut dan mengeluarkan putusan akhir tertanggal 14 Juni 2010 serta addendum putusan akhir (Putusan Arbitrase London). Dalam putusan akhir tersebut dinyatakan

VI-Award

71. For the reasons set out above I award as follows:

a. I declare that the Exclusive licence agreement between the parties dated 23 January 2007 ("the Agreement") is a valid agreement which is binding on the parties;

b. I confirm the declarations made in my award on Jurisdiction dated 14 June 2010, namely that:

i. Clause 15 of the Exclusive Licence Agreement dated 23 January 2007 between the Claimants and the Respondents constitutes a valid and binding arbitration agreement between the parties;

ii. My appointment as sole arbitrator by the President of the Chartered Institute of Arbitrators on 12 May 2010 was valid and effective so that the arbitral tribunal is properly constituted;

iii. I have jurisdiction to determine the claimant's claim referred to arbitration pursuant to its notice of Arbitration dated 25 March 2010 and request for the appointment of an Arbitrator dated 4 May 2010;

c. I declare that the first respondent is in breach of the Agreement in the following respects:

i. failing to issue the second letter of guarantee in the Sterling equivalent of US \$3 million as required by clause 4.2(j) of the Agreement;

ii. failing to pay to the claimant the minimum royalty in accordance with clauses 7.2 and 8.1 of the Agreement;

iii. failing to renew the second letter of guarantee after the claimant's drawdown in accordance with clause 7.4 of the Agreement; and

iv. issuing the proceedings dated 26 May 2010 against the claimant in the South Jakarta District Court ("the Jakarta proceedings");

d. I declare that the second respondent is in breach of the Agreement in the following respects:

i. failing to perform its obligation to ensure the performance by the first respondent of all monetary obligation of the first

respondent under the Agreement, namely the timely payment of minimum royalties and the renewal or reissue of the second letter of guarantee by the first respondent; and ii issuing the Jakarta proceedings;

e. I declare that the conduct of both respondents described in (c) and (d) above amounts to a material breach of the Agreement by each of them;

f. I order that the respondents and each of them jointly and severally do pay to the claimant the sum of £971,524.26, together with interest thereon at 4% per annum above Libor, compounded with monthly rests, from 1 July 2010 until payment;

g. I order that the respondents and each of them jointly and severally do pay to the claimant the further sum of US \$35,000 as damages incurred up to and including 31 August 2010 for the respondents' breach in issuing the Jakarta proceedings, together with interest thereon at 4% per annum above Libor, compounded with monthly rests, from 1 September 2010 until payment;

h. I declare that the claimant is entitled to further damages in respect of any loss and damage suffered after 31 August 2010 as a result of the respondents' breach of Agreement in issuing the Jakarta proceedings and I reserve power to assess those damage in due course;

i. I order that the respondents and each of them do forthwith cause Barclays Bank Plc or another major international bank of similar standing acceptable to the claimant to issue a second letter of guarantee substantially in the form set out in Part 2, Schedule 2 to the Agreement in favour of the claimant in the amount of US \$3 million;

j. order that the respondents and each of them jointly and severally to pay to the claimant the sum of £45,000 in respect of the claimant's costs of the arbitration;

k. I order that the respondents must pay my fees, which I settle in the total amount of £12,175 plus VAT if applicable (which includes the costs of the award on Jurisdiction), together with expenses of £340.75; and that

if the claimant has paid those fees and expenses in the first sentence, it is entitled to immediate reimbursement by the respondents

atau diterjemahkan menjadi:

VI-Putusan

71. Untuk alasan-alasan yang dikemukakan di atas, saya memutuskan sebagai berikut:

- a. Saya memutuskan bahwa Perjanjian lisensi eksklusif antara para pihak tertanggal 23 Januari 2007 ("Perjanjian") adalah sebuah perjanjian yang sah yang mengikat para pihak;
- b. Saya menegaskan bahwa penetapan-penetapan yang dibuat dalam putusan atas yurisdiksi tertanggal 14 Juni 2010, yaitu bahwa:

i Pasal 15 dari Perjanjian Lisensi Eksklusif tertanggal 23 Januari 2007 antara Pemohon dan para Termohon merupakan perjanjian arbitrase yang sah dan mengikat antara para pihak;

ii Penunjukan saya sebagai Wasit tunggal oleh Presiden dari Chartered Institute of Arbitrators pada 12 Mei 2010 adalah sah dan efektif sehingga Majelis Arbitrase dibentuk secara patut;

iii Saya memiliki yuridiksi untuk menyelesaikan tuntutan Pemohon merujuk pada Arbitrase sesuai dengan pemberitahuan Arbitrase tertanggal 25 Maret 2010 dan permohonan untuk penunjukan seorang Wasit tertanggal 4 Mei 2010;

- c. Saya menetapkan bahwa Termohon kesatu telah melanggar perjanjian dengan cara-cara sebagai berikut:

i. lalai untuk menerbitkan surat jaminan kedua dalam Sterling setara dengan US \$3 juta sebagaimana disyaratkan oleh Pasal 4.2 (j) Perjanjian;

ii lalai untuk membayar Pemohon royalti minimum berdasarkan Pasal-Pasal 7.2 dan 8.1 Perjanjian;

iii lalai untuk memperbaharui surat jaminan kedua setelah penarikan Pemohon berdasarkan Pasal 7.4 Perjanjian; dan

iv menerbitkan proses-proses tertanggal 26 Mei 2010 terhadap Pemohon di Pengadilan Negeri Jakarta Selatan ("proses-proses di Jakarta");

d. Saya menetapkan bahwa Termohon kedua telah melanggar perjanjian dengan cara-cara sebagai berikut:

i. lalai untuk melaksanakan kewajibannya untuk memastikan pemenuhan oleh Termohon pertama atas semua kewajiban keuangan dan Termohon pertama berdasarkan perjanjian, yaitu pembayaran dari waktu ke waktu atas royalti-royalti minimum dan pembaharuan atau penerbitan ulang surat jaminan kedua oleh Termohon pertama; dan

ii. menerbitkan proses-proses di Jakarta;

e. Saya menetapkan bahwa tindakan kedua Termohon yang diuraikan dalam (c) dan (d) di atas menimbulkan pelanggaran material dari perjanjian oleh masing-masing mereka;

f. Saya menetapkan bahwa para Termohon dan masing-masing mereka secara bersama-sama dan sendiri-sendiri membayar kepada Pemohon sejumlah £971,524.26, bersama dengan bunganya sebesar 4% setiap tahunnya di atas Libor, berlipat setiap bulannya, dari 1 Juli 2010 hingga pembayaran;

g. Saya menetapkan bahwa para Termohon dan masing-masing mereka secara bersama-sama dan sendiri-sendiri membayar kepada Pemohon lebih lanjut sejumlah US \$ 35,000 sebagai kerugian yang ada hingga dan termasuk 31 Agustus 2010 untuk pelanggaran para Termohon dalam menerbitkan proses-proses di Jakarta, bersama dengan bunganya sebesar 4% setiap tahunnya di atas Libor, berlipat setiap bulannya, dari 1 September 2010 hingga pembayaran;

h. Saya menetapkan bahwa Pemohon berhak untuk ganti rugi sehubungan dengan tiap kerugian yang diderita setelah 31 Agustus 2010 sebagai akibat dari pelanggaran para Termohon atas perjanjian dalam

menerbitkan proses-proses di Jakarta dan saya mencadangkan wewenang untuk menetapkan kerugian-kerugian tersebut selanjutnya;

i Saya memutuskan bahwa para Termohon dan masing-masing mereka untuk dengan segera membuat Barclays Bank Plc atau bank internasional besar lainnya dengan kedudukan yang sama yang diterima oleh Pemohon untuk menerbitkan surat jaminan kedua yang isinya dalam bentuk yang dikemukakan dalam Bagian 2, Lampiran 2 Perjanjian untuk Pemohon sejumlah US \$3 juta;

j. Saya memutuskan bahwa para Termohon dan masing-masing mereka secara bersama-sama dan sendiri-sendiri untuk membayar kepada Pemohon sejumlah £45,000 sehubungan dengan biaya-biaya arbitrase Pemohon;

k. Saya memutuskan bahwa para Termohon harus membayar biaya-biaya jasa saya, yang saya tetapkan sejumlah £12,175 ditambah PPN apabila berlaku (termasuk biaya-biaya putusan atas yurisdiksi), bersama-sama dengan pengeluaran-pengeluaran sebesar £340.75; dan bahwa apabila Pemohon harus membayar biaya-biaya jasa dan pengeluaran-pengeluaran tersebut sebelumnya, diberikan hak untuk penggantian segera oleh para Termohon;"

Sementara addendum putusan akhir hanya merubah huruf f dan huruf g saja

f. I order that the respondents and each of them jointly and severally do pay to the claimant the sum of £971,524.26, together with interest thereon at 4% per annum above Libor, compounded with three monthly rests, from 1 July 2010 until payment;

g. I order that the respondents and each of them jointly and severally do pay to the claimant the further sum of US \$35,000 as damages incurred up to and including 31 August 2010 for the respondents' breach in issuing the Jakarta proceedings, together with interest thereon at 4% per annum above Libor, compounded with three monthly rests, from 1 September 2010 until payment;

atau diterjemahkan:

f. Saya menetapkan bahwa para Termohon dan masing-masing mereka secara bersama-sama dan sendiri-sendiri membayar kepada Pemohon sejumlah £971,524.26 bersama dengan bunganya sebesar 4% setiap tahunnya di atas Libor, berlipat setiap tiga bulannya, dari 1 Juli 2010 hingga pembayaran;

g. Saya menetapkan bahwa para Termohon dan masing-masing mereka secara bersama-sama dan sendiri-sendiri membayar kepada Pemohon lebih lanjut sejumlah US\$ 35,000 sebagai kerugian yang ada hingga dan termasuk 31 Agustus 2010 untuk pelanggaran para Termohon dalam menerbitkan proses-proses di Jakarta, bersama dengan bunganya sebesar 4% setiap tahunnya di atas Libor, berlipat setiap tiga bulannya, dari 1 September 2010 hingga pembayaran

Dari putusan tersebut terlihat bahwa pihak Harvey Nichols dimenangkan dan MAP diwajibkan membayar sejumlah denda. Putusan akhir dan putusan addendum tersebut kemudian didaftarkan untuk dilakukan pelaksanaan eksekusinya dengan Akta Pendaftaran Putusan Arbitrase Internasional nomor 05/PDT/ARB-INT/2011/PN.JKT.PST tertanggal 22 Maret 2011.

Kemudian MAP mengajukan pembatalan Putusan Arbitrase London tersebut pada Pengadilan Negeri Jakarta Selatan dan dalam putusannya yang bernomor 394/PDT.G/2010/PN.JKT.SEL tertanggal 15 Desember 2010 Pengadilan Negeri Jakarta Selatan mengabulkan permohonan MAP dan membatalkan Putusan Arbitrase London, antara lain dengan alasan-alasan:

- i. *Exclusive License Agreement*, perjanjian yang mendasari kasus tersebut bertentangan dengan hukum yang berlaku dan karenanya batal demi hukum. Perjanjian tersebut dianggap sebagai perjanjian waralaba dan dengan demikian harus mengikuti Peraturan Pemerintah Nomor 16 Tahun 1997 tentang Waralaba juncto Peraturan Menteri Perdagangan No. 12/M-DAG/PER/3/2006 tahun 2006 tentang Ketentuan dan Tata Cara Penerbitan Surat Tanda Pendaftaran Usaha Waralaba juncto

Peraturan Pemerintah Nomor 42 Tahun 2007 tentang Waralaba jo. Peraturan Menteri Perdagangan No. 31/M-DAG/PER/8/2008 tahun 2008 tentang Penyelenggaraan Waralaba. Oleh karena perjanjian tersebut tidak mengikuti tata cara pendaftaran perjanjian waralaba dan persyaratan formil lainnya, perjanjian tersebut dianggap melanggar hukum yang berlaku dan oleh karenanya melanggar causa halal sebagaimana diatur didalam Pasal 1337 Kitab Undang-undang Hukum Perdata. Pengadilan Negeri Jakarta Selatan pun menyatakan batal demi hukum dan tidak sah perjanjian tersebut.

- ii. Harvey Nichols dianggap telah melakukan perbuatan melawan hukum dengan membuat *Exclusive License Agreement* yang dianggap melanggar causa yang halal dan karenanya Putusan Arbitrase London tersebut menjadi batal demi hukum dan tidak berkekuatan hukum.
- iii. Selain pelanggaran persyaratan formil pendaftaran perjanjian waralaba, Pengadilan Negeri Jakarta Selatan juga membatalkan *Exclusive License Agreement* dengan alasan bahwa perjanjian tersebut tidak dibuat dalam Bahasa Indonesia, dan tidak menggunakan hukum Indonesia sebagai hukum yang berlaku.
- iv. Selain itu, *Exclusive License Agreement* bertentangan dengan asas kepatutan, karena secara ekonomi, bisnis dan hukum pada umumnya, kegiatan toko serba ada seperti Harvey Nichols bukan seharusnya berbentuk perjanjian lisensi, melainkan jenis usaha waralaba, sehingga melanggar peraturan-peraturan mengenai waralaba dan oleh karenanya melanggar Ketertiban Umum (*Public Policy*) di Indonesia.

Dengan putusan tersebut, MAP mengajukan permohonan kepada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat untuk mengabulkan Putusan Sela yang dikabulkan dengan putusan sela nomor 126/Pdt.G/2011/PN.Jkt.Pst tertanggal 13 Oktober 2011, dimana putusan sela tersebut menyatakan bahwa *final award* Putusan Arbitrase London tidak dapat dieksekusi.

Atas putusan tersebut, pihak Harvey Nichols mengajukan banding kepada Mahkamah Agung yang menyatakan dengan putusan No. 631 K/Pdt.Sus/2012 bahwa pengadilan yang berwenang membatalkan Putusan Arbitrase London adalah di negara mana putusan arbitrase tersebut dibuat yaitu pengadilan di London, Inggris. Juga putusan Mahkamah Agung tersebut menyatakan bahwa Pengadilan Negeri Jakarta Selatan tidak berwenang membatalkan putusan arbitrase London berdasarkan putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat yang masih dianggap belum berkekuatan hukum tetap. Maka, Mahkamah Agung mengabulkan permohonan kasasi dari Harvey Nichols dan membatalkan putusan sela nomor 126/Pdt.G/2011/PN.Jkt.Pst tersebut. Tindakan perlawanan oleh pihak MAP pada akhirnya dikalahkan oleh Mahkamah Agung, namun hal ini menunjukkan efektifnya perlawanan tersebut dalam penundaan (selama 2 tahun) eksekusi putusan arbitrase asing.⁹³

Dalam kasus ini, kita bisa melihat dua opini mengenai Ketertiban Umum (*Public Policy*) Indonesia yang berlainan. Pengadilan Negeri Jakarta Selatan menganut pandangan yang luas dengan lingkup Ketertiban Umum (*Public Policy*) domestik. Dengan adanya pelanggaran terhadap sebuah peraturan domestik, maka putusan arbitrase asing tersebut dianggap melanggar Ketertiban Umum (*Public Policy*). Pengadilan Negeri Jakarta Selatan beranggapan bahwa dengan dilanggarnya peraturan perundang-undangan nasional, maka sebuah perjanjian menjadi batal demi hukum. Disini Pengadilan Negeri Jakarta Selatan tidak melihat dari sisi *lex mercatoria* dimana sebuah perjanjian lisensi yang lumrah dijalankan di dunia perdagangan seharusnya dianggap tetap berlaku. Pengadilan Negeri Jakarta Selatan juga tidak berada dalam kewenangannya dalam membatalkan putusan arbitrase asing. Lain halnya dengan Mahkamah Agung yang melihat kasus ini dari sisi kewenangan membatalkan. Walaupun Pengadilan Negeri Jakarta Selatan menganggap perjanjian melanggar Ketertiban Umum (*Public Policy*), tetapi

⁹³ Mahkamah Agung Republik Indonesia, *Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 631 K/PDT.SUS/2012*, tanggal 27 Desember 2012.

Mahkamah Agung beranggapan bahwa perjanjian tetap ada dan putusan arbitrase asing tetap dapat dilaksanakan. Disini Mahkamah Agung menggunakan lingkup Ketertiban Umum (*Public Policy*) internasional-transnasional yang melihat kebiasaan-kebiasaan perdagangan internasional dan lebih mementingkan jalannya dunia perdagangan ketimbang dengan pelanggaran Ketertiban Umum (*Public Policy*) domestik.

Ketiga kasus diatas, yang berasal dari putusan lembaga arbitrase asing yang berbeda-beda, dapat dilihat betapa rumit dan tidak efektifnya penggunaan arbitrase asing untuk melakukan eksekusi terhadap aset-aset di Indonesia. Pihak yang kalah dapat mengajukan upaya hukum ke pengadilan negeri, yang pada dasarnya jalur litigasi dihindari dengan dibuatnya perjanjian arbitrase oleh para pihak pada saat pembuatan perjanjian pokok. Apabila melihat dari tiga kasus tersebut, para pihak yang dikalahkan berlindung dibalik pengertian Ketertiban Umum (*Public Policy*) yang tidak pasti sebagai dasar dalam mengajukan pembatalan putusan arbitrase asing.

Dalam perkembangannya, Mahkamah Agung terlihat lebih condong menggunakan konsep Ketertiban Umum (*Public Policy*) yang internasional maupun transnasional, dengan pandangan yang sempit. Hanya pelanggaran Ketertiban Umum (*Public Policy*) yang berkaitan dengan hukum internasional saja yang menjadi dasar pembatalan putusan arbitrase asing. Sementara Mahkamah Agung mulai meninggalkan konsepsi luas mengenai Ketertiban Umum (*Public Policy*) sehingga mengabaikan pelanggaran-pelanggaran terhadap hukum domestik sebagai dasar pembatalan putusan arbitrase asing. Pandangan yang sempit terhadap lingkup Ketertiban Umum (*Public Policy*) otomatis akan menguntungkan Indonesia dalam melakukan perdagangan, investor asing akan merasa lebih aman dan terlindungi. Tetapi problem utama yakni efisiensi masih belum teratasi, yang dapat dilihat dari waktu yang dibutuhkan untuk dapat melakukan *reparation of rights* sebagaimana tercermin dari kasus-kasus di atas. Bahkan masih terdapat kasus-kasus yang berjalan bersamaan mengenai pembatalan pelaksanaan putusan arbitrase asing.

BAB 4 PENUTUP

4.1 Simpulan

Berdasarkan uraian dan analisis yang telah dijelaskan dalam bab-bab sebelumnya, maka penulis menarik simpulan sebagai berikut:

1. Pengertian doktrin Ketertiban Umum (*Public Policy*) merupakan sebuah konsep abstrak yang mempunyai berbagai macam pengertian yang tidak dapat di unifikasi baik oleh para ahli hukum maupun ahli ilmu sosial lainnya. Secara luas Ketertiban Umum (*Public Policy*) dianggap sebagai interaksi pemegang kekuasaan suatu negara terhadap lingkungannya. Apabila dilihat dari ilmu hukum, Ketertiban Umum (*Public Policy*) bertindak sebagai rem darurat apabila negara tersebut bersinggungan dengan stelsel hukum asing, Ketertiban Umum (*Public Policy*) memberikan negara kewenangan untuk menentukan hukum asing mana yang dapat diterapkan di negaranya atau mana yang bertentangan dengan stelsel hukum suatu negara.

Tiap negara mempunyai penerapan dan pengertian yang berbeda terhadap ruang lingkup Ketertiban Umum (*Public Policy*). Penerapan yang berbeda dari negara-negara berakar pada karakter dan struktur negara yang bersangkutan dan di dalamnya terdapat prinsip-prinsip dasar yang tidak dapat dilanggar. Ketertiban Umum (*Public Policy*) mempunyai andil penting sebagai tolak ukur dalam menerapkan putusan asing, termasuk putusan arbitrase asing di suatu negara. Ketertiban Umum (*Public Policy*) memberikan kesempatan kepada pengadilan suatu negara untuk menentukan apakah sebuah putusan dapat dijalankan di dalam yurisdiksinya (*second look doctrine*).

2. Penerapan lingkup Ketertiban Umum (*Public Policy*) di Indonesia sebagai dasar pembatalan putusan asing masih berbeda antara hakim yang satu dengan hakim lainnya. Dengan meratifikasi Konvensi New York 1958 (dengan UU No 30 Tahun 1999), Indonesia melihat pentingnya pelaksanaan putusan arbitrase asing dalam dunia perdagangan, dan batas-batas Ketertiban Umum (*Public Policy*) yang digunakan untuk menjaga kedualatan hukum Indonesia. UU No 30 Tahun 1999

memberikan kepastian hukum terhadap putusan arbitrase asing asalkan putusan tersebut tidak melanggar Ketertiban Umum (*Public Policy*) Indonesia. Penentuan batasan Ketertiban Umum (*Public Policy*) di Indonesia diberikan kewenangannya kepada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, namun sebuah masalah timbul karena UU No 30 Tahun 1999 tidak mengatur mengenai lingkup Ketertiban Umum (*Public Policy*) mana yang harus digunakan dalam menentukan batasan Ketertiban Umum (*Public Policy*) di Indonesia.

3. Penerapan Ketertiban Umum (*Public Policy*) di Indonesia dilihat dari putusan-putusan pengadilan mengenai pelaksanaan putusan arbitrase asing masih menunjukkan keragaman dan belum adanya unifikasi penerapan.
 - a. Dalam kasus *Pertamina v. PT. Lirik Petroleum*, Majelis Hakim menggunakan pandangan Ketertiban Umum (*Public Policy*) yang sempit dan bersifat transnasional. Mahkamah Agung beranggapan bahwa dengan masuk kedalam sebuah kontrak perdata, Pertamina harus sejajar dengan pihak lawan dan harus menerapkan prinsip *good corporate governance* dalam menjalankan fungsi perdatanya sebagai entitas hukum (*recht persoon*). Terdapat juga *dissenting opinion* dari salah satu Majelis Hakim yang menafsirkan Ketertiban Umum (*Public Policy*) secara luas, dimana beliau beranggapan bahwa Pertamina sebagai pemegang kewenangan mewakili negara tidak boleh disejajarkan dengan pihak lawannya. Bahwa Pertamina harus bertindak mewakili negara dan karenanya harus menggunakan prinsip-prinsip yang tidak merugikan negara.
 - b. Dalam kasus *Karaha Bodas Company LL.C v. Pertamina*, pengadilan menggunakan pandangan Ketertiban Umum (*Public Policy*) luas dan bersifat domestik. Pertamina dianggap tidak dapat menjalankan kewajibannya dalam perjanjian karena adanya intervensi pemerintah dan karenanya dianggap sebagai *force majeure*.
 - c. Dalam kasus *Harvey Nichols Co. Ltd. V. PT. Hamparan Nusantara dan PT. Mitra Adiperkasa Tbk.*, terdapat dua pandangan yang berbeda antara Pengadilan Negeri Jakarta Selatan dan Mahkamah Agung. Pengadilan Negeri Jakarta Selatan menggunakan pandangan luas dengan lingkup domestik. Pengadilan Negeri Jakarta Selatan menganggap bahwa perjanjian antara kedua belah pihak

melanggar Ketertiban Umum (*Public Policy*) Indonesia karena bertentangan dengan peraturan mengenai waralaba di Indonesia. Sementara Mahkamah Agung melihat kebiasaan-kebiasaan di dalam praktek perdagangan internasional dan mengambil ruang lingkup internasional-transnasional, sehingga putusan arbitrase asing tersebut dapat dijalankan di Indonesia.

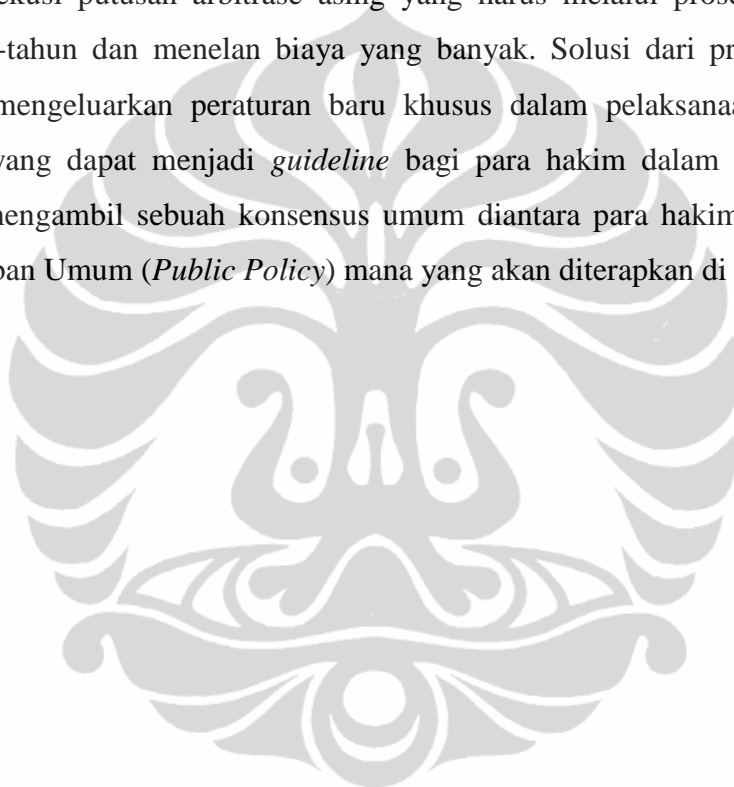
Hakim-hakim Mahkamah Agung mulai lebih condong menggunakan pandangan sempit yang bersifat internasional-transnasional. Namun, masalah utama dalam pelaksanaan putusan arbitrase asing adalah tidak efisiennya prosedur yang harus dilalui untuk mendapatkan sebuah putusan yang berkekuatan hukum tetap.

4.2 Saran

Berdasarkan simpulan- simpulan di atas, penulis dapat memberi saran sebagai berikut:

1. Ketertiban Umum (*Public Policy*) memang tidak mungkin dapat ditentukan satu pengertian yang sama, karena sifatnya yang berbeda dari satu negara ke negara lainnya. Dalam menentukan pengertian Ketertiban Umum (*Public Policy*) diperlukan kebijakan politis suatu pemerintah yang baik. Apabila pemerintah menutup diri dengan adanya masukan hukum-hukum asing dan menggunakan Ketertiban Umum (*Public Policy*) sebagai tamengnya, maka hukum dari negara yang bersangkutan akan susah berkembang, sementara apabila tidak menghiraukan Ketertiban Umum (*Public Policy*) negaranya, hukum-hukum asing dapat merusak prinsip-prinsip dasar suatu negara, sehingga menghilangkan kultur hukum dasar suatu negara.
2. Indonesia harus menerapkan lingkup Ketertiban Umum (*Public Policy*) yang sempit dan bersifat internasional-transnasional karena Indonesia merupakan sebuah negara multikultural. Dengan demikian akan menunjukkan keinginan Indonesia untuk berkembang dan menjadi pelaku perdagangan internasional yang baik. Masih ada beberapa hal yang harus dibenahi dikemudian hari, terutama dalam efisiensi dalam pelaksanaan putusan arbitrase asing. Waktu yang lama serta biaya beracara di pengadilan menghilangkan asas dasar arbitrase yakni asas efisiensi.

3. Pengadilan di Indonesia harus menemukan konsensus dasar dalam lingkup Ketertiban Umum (*Public Policy*) mana yang harus digunakan. Mahkamah Agung terlihat mulai menuju kepada konsepsi Ketertiban Umum (*Public Policy*) sempit dan internasional-transnasional dan hal ini akan menarik minat investor asing yang masih ragu dengan hukum Indonesia. Sebagaimana telah di sarankan di atas, kelemahan pelaksanaan putusan arbitrase asing di Indonesia adalah tidak efisiennya permohonan pelaksanaan eksekusi putusan arbitrase asing yang harus melalui proses beracara selama bertahun-tahun dan menelan biaya yang banyak. Solusi dari problema ini adalah dengan mengeluarkan peraturan baru khusus dalam pelaksanaan putusan arbitrase asing yang dapat menjadi *guideline* bagi para hakim dalam mengambil putusan. Serta mengambil sebuah konsensus umum diantara para hakim mengenai konsepsi Ketertiban Umum (*Public Policy*) mana yang akan diterapkan di Indonesia.



DAFTAR PUSTAKA

1. BUKU

Bauer, Michael W. Et al. *Dismantling Public Policy: Preferences, Strategies and Effects*. Oxford Scholarship Online: 2012. 31 Oktober 2013.
<<http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199656646.001.0001/acprof-9780199656646-chapter-9>>.

Darmodiharjo, Darji dan Shidarta. *Pokok-pokok Filsafat Hukum Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*. Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 2006.

Gautama, Sudargo. *Pengantar Hukum Perdata Internasional Indonesia*. Bandung: Binacipta, 1987.

Goodin, Robert E. *The Oxford Handbook of Political Science*. Oxford University Press: New York, 2006. 31 Oktober 2013.
<http://books.google.co.id/books?hl=en&lr=&id=MyccCgBfKaMC&oi=fnd&pg=PR5&dq=oxford+handbook+of+public+policy&ots=E1FwQ_Xlec&sig=EtUTt0mnwoUByTl4s5cGbRzE5k&redir_esc=y#v=onepage&q=mood&f=false>.

Irawan, Candra. *Aspek Hukum dan Mekanisme Penyelesaian Sengketa Di Luar Pengadilan (ADR) di Indonesia*. Bandung: CV. Mandar Maju, 2010.

Mamudji, Sri. *Et al, Metode Penelitian dan Penulisan Hukum*. Jakarta: Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2005.

Margono, Suyud. *ADR & Arbitrase, Proses Pelembagaan dan Aspek Hukum*. Bogor: Ghalia Indonesia, 2004.

Smith, Kevin B. dan Christopher W. Larimer. *The Public Policy Theory Primer*. Westview Press: 2009.

Soekanto, Soerjono. *Pengantar Penelitian Hukum*. Jakarta: UI-Press, 1986.

Subekti, R. *Hukum Perjanjian*. Cetakan ke 21. Jakarta: Intermasa, 2005.

Suherman, Ade Maman. *Aspek Hukum Dalam Ekonomi Global*. Jakarta: Ghalia Indonesia, 2002.

Widjaja, Gunawan. *Arbitrase VS. Pengadilan, Persoalan Kompetensi (Absolut) yang Tidak Pernah Selesai*. Jakarta: Kencana, 2008.

2. PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN

Indonesia, *Undang-Undang tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa*, Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999, LN No. 138 Tahun 1999, TLN No.3872.

———, *Undang-undang tentang Penyelesaian Perselisihan Antara Negara dan Warganegara Asing Mengenai Penanaman Modal*, UU No. 5 Tahun 1968, LN No.32 Tahun 1968 , TLN No. 2852.

Presiden Republik Indonesia, *Keputusan Presiden Nomor 34 Tahun 1981*.

Mahkamah Agung Republik Indonesia, *Peraturan Mahkamah Agung tentang Tata Cara Pelaksanaan Putusan Arbitrase Asing*, Perma Nomor 1 Tahun 1990.

Perserikatan Bangsa-Bangsa, *New york Convention of 1958, Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*.

International Chamber of Commerce, *ICC Rules of Conciliation and Arbitration*.

Kitab Undang-Undang Hukum Perdata [Burgerlijk Wetboek]. Diterjemahkan oleh R. Subekti dan R. Tjitrosudibio. Cetakan ke 39. Jakarta: PT. Pradnya Paramita, 2008.

3. KAMUS

Garner, Bryan A., *Black's Law Dictionary (With Pronunciations)*, edisi keenam, (Minnesota: West Publishing Company, 1990)

4. JURNAL/ARTIKEL HUKUM

van den Berg, Albert Jan. "The New York Convention of 1958:An Overview." 1 Nopember 2013.

<www.arbitrationicca.org/media/0/12125884227980/new_york_convention_of_1958_overview.pdf>.

Barbakoff, Scott. "Application of the Public Policy Exception for the Enforcement of Arbitral Awards: There is No Place Like Home in Saint Mary Home, Inc. v. Service Employees nternational Union, District 1199." *Jurnal Villanova Law*, Volume 43:4. 1 Nopember 2013.
<<http://digitalcommons.law.villanova.edu/vlr>>.

Curtin, Kenneth Michael, "Redefining Public Policy in International Arbitrarion of Mandatory National Laws." *Defense Counsel Journal* 64:2 (April 1997). 30 Oktober 2013.
<<http://www.iadclaw.org>>.

Gralf-Peter, Calliess. "The Making of Transnational Contract Law." *Indiana Journal Of Global Legal Studies*, Indiana University School of Law. Vol. 14:2 (2007).

Junita, Fifi. "Judicial Review of International Arbitral Awards on the Public Policy Exception In Indonesia." *Jurnal International Arbitration*, Vol. 29:4 (2012), 6 Nopember 2013.
<http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/journals.aspx?journal=Journal+of+International+Arbitration&volume=Volume+29+%282012%29>>.

———. "Refusing Enforcement of Foreign Arbitral Awards Under Article V (2) (b) Of The New York Convention: The Indonesian Perspective." *Jurnal 2 Contemporary Asia Arbitration* 301 (2009). 28 Oktober 2013.
<http://heinonline.org>>.

Leo/Apr. "Arbitrase, Pilihan Tanpa Kepastian." *Hukumonline*. 30 Oktober 2013.
<http://www.hukumonline.com/berita/baca/hol1905/arbitrase-pilihan-tanpa-kepastian>>.

Lew, Julian. Et al. "Comparative International Commercial Arbitration." *Kluwer Law international*: 2003. 1 Nopember 2013.
<http://www.kluwerarbitration.com/CommonUI/document.aspx?id=ipn27524>>.

McLaughlin, Joseph T. dan Laurie Genevro. "Enforcement of Arbitral Awards Under the New York Convention- Practise in U.S. Courts." *Berkeley Journal of International Law*. Vol. 3:2 Winter, Artikel 2 (1986). 6 Nopember 2013.
<http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1034&context=bjil>>.

Michaels, Ralf. "The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State." *Indiana Journal Of Global Legal Studies*, Indiana University School of Law, Vol. 14:2 (2007).

Mills, Karen. "Enforcement of Arbitral Award in Indonesia & Other Issues of Judicial Involvement in Arbitration." 30 Oktober 2013.
<www.arbitralwomen.org/files/publication/4310102632224.pdf>.

Prita Amalia, "Penerapan Asas Ketertiban Umum dan Pembatasannya Dalam Pengakuan dan Pelaksanaan Putusan Arbitrase Asing di Indonesia Berdasarkan Konvensi New York 1958." Universitas Padjajaran. 7 Nopember 2013.
<http://pustaka.unpad.ac.id/wpcontent/uploads/2009/11/penerapan_asas_ketertiban_umum.pdf>.

Pryles, Michael. "Application of the Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration." *International Arbitration Report*, UNSW Law Journal. Vol. 31(1). 31 Oktober 2013.
< www.heinonline.org>.

S.I., Strong. "Enforcing Class Arbitration in the International Sphere: Due Process and Public Policy Concern." 28 Oktober 2013.
<www.heinonline.org>.

5. SUMBER LAINNYA

Committee International Commercial Arbitration. *Interim Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards*. International Law Association London Conference (2000). 30 Oktober 2013.
<<http://www.ila-hq.org/download.cfm/docid/E723662E-053C-415A-A4C7822577AE6B4F>>.

- Hakim, Amrie. "Apa Definisi Ketertiban Umum." *Diskusi Problematika Eksekusi Putusan Asing di Indonesia, Hotel Gran Melia, Jakarta, 31 Maret 2010*. 6 Nopember 2013.
<<http://www.hukumonline.com/klinik/detail/lt4e3e380e0157a/apa-definisi-ketertiban-umum>>.
- Juwana, Hikmahanto dan Colin Y.C. Ong. "Clash of Legal Cultures in Arbitration. *Seminar Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 31 Oktober 2012*.
- Lembaga Kajian Keilmuan Fakultas Hukum Universitas Indonesia, *Ketertiban Umum sebagai Dasar Penolakan Eksekusi Putusan Arbitrase Asing di Indonesia*. oleh Justitia Avila Veda. 27 Oktober 2012. 6 Nopember 2013.
<<http://lk2fhui.com/2012/10/27/ketertiban-umum-sebagai-dasar-penolakan-eksekusi-putusan-arbitrase-asing-di-indonesia/>> pada tanggal 6 Nopember 2013>.
- Mills, Karen. "Arbitration in Indonesia: The Chapter on Indonesia from Arbitration in Asia." *The Interaction between Arbitration and Insolvency Proceedings, 8-9 Maret 2004 Hotel Borobudur Jakarta*. Ed. Emmy Yuhassarie, 2004.