



UNIVERSITAS INDONESIA

PENYELESAIAN SENGKETA DIBIDANG PENANAMAN
MODAL ASING : INSENTIF BAGI INVESTOR

TESIS

Azhar Setiady

0706305362

FAKULTAS HUKUM
MAGISTER HUKUM
UNIVERSITAS INDONESIA

JULI 2010



Universitas Indonesia
Perpustakaan



UNIVERSITAS INDONESIA

**PENYELESAIAN SENGKETA DIBIDANG PENANAMAN
MODAL ASING : INSENTIF BAGI INVESTOR**

TESIS

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

Azhar Setiady

0706305362

**FAKULTAS HUKUM
PROGRAM STUDI ILMU HUKUM
HUKUM EKONOMI
SALEMBA
JULI 2010**

HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS

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

Nama : Azhar Setiady

NPM : 0706305362

Tanda Tangan :

Tanggal : 07 Juli 2010

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

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

Nama : Azhar Setiady

NPM : 0706305362

Program Studi : Magister Hukum

Fakultas : Hukum

Jenis karya : Tesis

demikian pengembangan ilmu pengetahuan, menyetujui untuk memberikan kepada Universitas Indonesia Hak Bebas Royalti Noneksklusif (*Non-exclusive Royalty-Free Right*) atas karya ilmiah saya yang berjudul : **Penyelesaian Sengketa Di Bidang Penanaman Modal Asing : Insentif Bagi Investor**

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

Demikian pernyataan ini saya buat dengan sebenarnya.

Dibuat di : Jakarta

Pada tanggal : 07 Juli 2010

Yang menyatakan



(Azhar Setiady)

HALAMAN PENGESAHAN

Tesis ini diajukan oleh :
Nama : Azhar Setiady
NPM : 0706305362
Program Studi : Ilmu Hukum
Judul Tesis : *Penyelesaian Sengketa Dibidang Penanaman
Modal Asing : Insentif Bagi Investor*

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

DEWAN PENGUJI

Pembimbing : Prof. Erman Radjagukguk, S.H.,LL.M., Phd (.....)

Penguji : Prof. Dr. Rosa Agustina, SH..MH (.....)

Penguji : Dr. Nurul Elmiyah, SH, MH (.....)

Ditetapkan di : Jakarta
Tanggal : 07 Juli 2010

ABSTRAK

Nama : Azhar Setiady
Program Studi : Hukum Ekonomi
Judul : Penyelesaian Sengketa Dibidang Penanaman Modal Asing :
Insentif Bagi Investor

Asas kebebasan berkontrak merupakan asas yang terpenting dalam kontrak dibidang penanaman modal asing, asas ini bersifat universal dan dianut oleh hukum perjanjian di semua negara pada umumnya. Sebagai konsekuensi adanya asas ini, para pihak dalam kontrak mendapat kebebasan untuk mengadakan pilihan yurisdiksi dan pilihan hukum didalam penyelesaian sengketa antara partner lokal dan partner asing maupun antara negara dengan investor asing. Tujuan dari penelitian ini untuk mengungkapkan kebenaran secara sistematis, metodologis dan konsistensi terhadap penyelesaian sengketa penanaman modal asing baik antara partner lokal dan partner asing maupun investor asing dengan Pemerintah. Penelitian ini melalui pendekatan secara yuridis normatif dengan spesifikasi deskriptif analitis. Bila terjadi sengketa antara partner lokal dan partner asing atau investor asing dengan Pemerintah, maka acuan pertama adalah hukum yang berlaku dan penyelesaian sengketa yang telah disepakati dipilih oleh para pihak baik menyangkut pilihan hukum maupun pilihan forum yang disepakati para pihak sebelumnya dalam perjanjian. Dalam penyelesaian sengketa berkenaan dengan penanaman modal asing di Indonesia terdapat kecenderungan bahwa pilihan forum penyelesaian sengketa yang telah disepakati dipilih sebagai forum penyelesaian sengketa adalah arbitrase. Arbitrase dapat merupakan sengketa yang efektif dalam penyelesaian sengketa penanaman modal bahkan Negara – Negara masyarakat hukum internasional telah membentuk arbitrase khusus mengenai penyelesaian sengketa penanaman modal yakni dengan adanya ICSID, UNCITRAL maupun BANI demikian juga terhadap pengakuan dan pelaksanaan putusan badan atau dewan arbitrase internasional yang dapat dieksekusi di Negara lain sesama peserta ratifikasi yang bersangkutan, misalnya Konvensi New York 1958.

Kata Kunci :

Sengketa, penyelesaian sengketa, arbitrase

ABSTRACT

Name : Azhar Setiady

Study Program : Hukum Ekonomi

Title : Foreign Investment Dispute Settlement: Incentive For Investor

Freedom of contract is very important principle for foreign investment contract. This principle have the character universal and embraced by contractual law in all of state. As consequence of existence of this principle, the parties have the freedom to choice of jurisdiction and choice of law to solving of dispute between local partner and foreign partner and also state with foreign investor. Intention of this research to lay open the truth systematically, methodological and consistency to solving foreign settlement dispute between local partner and foreign partner and also foreign investor and state. This Research through passing approach by juridical normative with the analytical descriptive specification. If happened the dispute between local partner and foreign partner or foreign investor and state, first reference is applicable law and dispute settlement which have been agreed on to be selected by parties concerning choice of law and also choice of forum agreed on by the parties in agreement before. Dispute settlement for foreign investment in Indonesia, there are tendency that choice of forum to dispute settlement in agree by the parties with arbitration. Arbitration is effective dispute for investment dispute settlement even international law society state have form special arbitration to solving investment dispute settlement, namely ICSID, UNCITRAL or BANI. And so do to confession and execution of body decision or International arbitration council which can be executed in other state with ratification parties, example New York 1958 Convention.

Key Words :

Dispute, Dispute Settlement, Arbitration

KATA PENGANTAR/UCAPAN TERIMA KASIH

Alhamdulillahirabbil'alamin,,

Puji syukur kehadirat Allah SWT. Atas karunia rahmat dan hidayah –Nya, sehingga penulis dapat menyelesaikan penulisan tesis ini yang berjudul : Penyelesaian Sengketa Dibidang Penanaman Modal Asing: Insentif Bagi Investor. Penulisan tesis ini dilakukan dalam rangka memenuhi salah satu syarat untuk mencapai gelar Strata/S-2 (M.H.) di Program Pasca Sarjana Universitas Indonesia.

Dengan selesainya penulisan tesis ini, perkenankanlah penulis menyampaikan ucapan terimakasih yang sebesar –besarnya kepada Bapak Prof. Erman Radjagukguk, S.H., LL.M.,Phd yang telah sabar dalam memberikan waktu dan bimbingannya selama penulisan tesis ini. Serta kepada seluruh staff pengajar dan karyawan Program Pasca Sarjana Fakultas Hukum Universita Indonesia.

Bapak Drs. Bodhi Aribawan selaku atasan penulis yang telah memberikan izin dan toleransi agar penulis dapat menyelesaikan program magister.

Terimakasih yang tak terhingga kepada ayah H. Slamet Riady, S.H., dan mama H. Nur Azizah, terimakasih atas cinta, kesabaran, dorongan dan doa yang tak pernah berhenti kepada penulis. Juga kepada keluarga besar Bapak Suparman, terimakasih atas doa dan dukungannya. Istri & anak ku tercinta, Dona Rusnita dan Hawa Khairunnisa Sabrina, terimakasih atas cinta dan dorongan semangatnya sehingga tesis ini bisa terselesaikan. I Love U. Kepada adikku Rahman Fadly, Farahwaty dan keluarganya, Nenek dan saudara semuanya terimakasih atas doanya.

Terimakasih juga saya sampaikan kepada teman – teman seangkatan 2007 terimakasih atas bantuan dan kerjasamanya selama Penulis kuliah di Fakultas Hukum Universitas Indonesia

Akhir kata, saya berharap ALLAH SWT berkenan membalas segala kebaikan semua pihak yang telah membantu. Semoga tesis ini membawa manfaat bagi pengembangan ilmu.

Jakarta, 07 Juli 2010

Penulis

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL	i
LEMBAR ORISINALITAS	ii
LEMBAR PERSETUJUAN PUBLIKASI KARYA ILMIAH	iii
LEMBAR PENGESAHAN	iv
ABSTRAK	v
LEMBAR UCAPAN TERIMAKASIH	vi
DAFTAR ISI	vii
BAB I. PENDAHULUAN	1
1.1 Latar Belakang	1
1.2 Perumusan Masalah	4
1.3 Kerangka Teori dan Konsep	4
1.4 Tujuan dan Manfaat Penelitian	7
1.5 Metodologi Penelitian	8
1.6 Sistematika Penulisan	8
BAB II. PENYELESAIAN SENGKETA DALAM PENANAMAN MODAL ASING	10
2.1 Penyelesaian Sengketa Melalui Pengadilan	10
2.2 Penyelesaian Sengketa Melalui Alternatif Penyelesaian Sengketa	13
2.2.1 Negosiasi	13
2.2.2 Mediasi	15
2.2.3 Konsiliasi	16
2.3 Penyelesaian Sengketa Melalui Arbitrase	16
2.3.1 Arbitrase Permanen	17
2.3.2 Arbitrase Ad – Hoc	18
2.3.3 Arbitrase Dalam Negeri	20
2.3.4 Arbitrase Luar Negeri	21
2.3.5 Sengketa Antara Investor Asing dan Pemerintah Republik Indonesia Melalui Arbitrase Luar Negeri	28

BAB III. PENYELESAIAN SENGKETA ANTARA PARTNER LOKAL DAN PARTNER ASING	39
3.1 Penyelesaian sengketa melalui badan arbitrase	
3.1.1 Arbitrase Dalam Negeri (Ahju Forestry Company Limited v. Sutomo /Direktur Utama PT. Balapan Jaya)	39
3.1.2 Arbitrase Luar Negeri (Karah Bodas Company v. Pertamina dan PLN)	41
3.2 Penyelesaian sengketa melalui badan peradilan	55
3.2.1 Indonesia tidak terikat putusan pengadilan asing ...	55
3.2.2 Penyelesaian sengketa melalui pengadilan Indonesia (PT. Dwi Satrya Utama v. Raymond Richard Sparks Dan Inderadi Kosim)	58
BAB IV. PENYELESAIAN SENGKETA ANTARA INVESTOR ASING DAN PEMERINTAH	62
4.1 Penyelesaian sengketa melalui badan arbitrase ICSID	62
4.2 Penyelesaian sengketa melalui badan arbitrase UNCITRAL	69
BAB V. KESIMPULAN DAN SARAN	75
DAFTAR PUSTAKA	77

BAB I PENDAHULUAN

1.1 Latar Belakang

Pasal 32 Undang-Undang No.25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal mengatur mekanisme penyelesaian sengketa antara pemerintah dengan penanam modal asing, yaitu:

- (1) Dalam hal terjadi sengketa di bidang penanaman modal antara pemerintah dengan penanam modal, para pihak terlebih dahulu menyelesaikan sengketa tersebut melalui musyawarah mufakat.
- (2) Dalam hal penyelesaian sengketa sebagaimana dimaksud dalam ayat 1 tidak tercapai, penyelesaian sengketa tersebut dapat dilakukan melalui arbitrase atau alternatif penyelesaian sengketa atau pengadilan dengan ketentuan peraturan perundang – undangan.
- (3) Dalam hal terjadi sengketa di bidang penanaman modal antara Pemerintah dengan penanam modal dalam negeri, para pihak dapat menyelesaikan sengketa tersebut melalui arbitrase berdasarkan kesepakatan para pihak, dan jika penyelesaian sengketa melalui arbitrase tidak disepakati, penyelesaian sengketa tersebut akan dilakukan di pengadilan.
- (4) Dalam hal terjadi sengketa di bidang penanaman modal antara Pemerintah dengan penanam modal asing, para pihak akan menyelesaikan sengketa tersebut melalui arbitrase internasional yang harus disepakati oleh para pihak.

Dari uraian Pasal 32 Undang – Undang Penanaman Modal dapat diketahui bahwa penyelesaian sengketa dibidang penanaman modal dapat dilakukan melalui musyawarah mufakat, arbitrase, pengadilan, maupun alternatif penyelesaian sengketa.

Sengketa atau perselisihan didalam kegiatan penanaman modal sebenarnya sesuatu yang tidak diharapkan terjadi. Walaupun demikian, sengketa terkadang tidak dapat dihindari karena adanya kesalahpahaman, pelanggaran undang – undang, ingkar janji, kepentingan yang berlawanan, dan atau kerugian pada salah satu pihak.

UNIVERSITAS INDONESIA

Apabila terjadi sengketa antara pemerintah dengan penanam modal, maka langkah pertama yang dapat dilakukan adalah mencari solusi dengan duduk bersama. Apabila cara ini tidak menghasilkan kata sepakat, maka akan dilanjutkan dengan cara penyelesaian sesuai dengan yang sudah disepakati bersama di dalam kontrak.

Secara konvensional, penyelesaian sengketa dilakukan secara litigasi melalui pengadilan, proses ini membutuhkan waktu penyelesaian yang cukup lama. Sehubungan dengan hal tersebut, maka kemudian dicari penyelesaian sengketa yang lebih efektif dan efisien untuk menghadapi kegiatan bisnis. Harus ada lembaga yang dapat diterima oleh dunia bisnis yang memiliki sistem penyelesaian sengketa dengan cepat dan biaya murah, salah satu jalan keluarnya adalah melalui jalur arbitrase.

Arbitrase merupakan sistem alternatif penyelesaian sengketa yang memiliki sifat paling formal, dalam proses arbitrase para pihak yang bersengketa menyerahkan penyelesaian sengketa kepada pihak ketiga yang netral dan berwenang untuk memberikan putusan yang mengikat para pihak¹.

Dalam praktek pengadilan di Indonesia, seringkali dijumpai adanya kerancuan pemahaman terhadap pilihan yurisdiksi dan pilihan hukum, banyak ditemukan ketidak konsistenan sikap pengadilan terhadap adanya pilihan yurisdiksi. Pengadilan seringkali bersikap tetap memeriksa dan mengadili suatu perkara, padahal berdasarkan kontrak yang ada, telah disebutkan pilihan yurisdiksi yang memilih lembaga lain selain pengadilan tersebut atau tidak memilih badan penyelesaian sengketa.

Berdasarkan hal tersebut, Dewasa ini para pelaku bisnis khususnya yang berasal dari negara lain enggan untuk memilih pengadilan sebagai lembaga penyelesaian sengketa dan lebih memilih menyelesaikan sengketa di luar pengadilan. Pengadilan dinilai tidak profesional dalam menangani sengketa-sengketa bisnis bahkan dianggap sebagai tempat yang paling tidak efektif dan efisien untuk menyelesaikan sengketa². Para pelaku bisnis lebih menginginkan

¹ Suyud Margono, *ADR dan Arbitrase, Proses Pelembagaan dan Aspek Hukum* (Jakarta: Ghalia Indonesia 2000), hlm. 110

² Eman Suparman, *Pilihan Forum Arbitrase dalam sengketa komersial untuk penegakan keadilan* (Jakarta: PT. Tatanusa 2004) hlm. 2

suatu penyelesaian sengketa yang cepat dan efisien. Timbulnya sengketa ini merupakan suatu hambatan bagi para pelaku bisnis, disamping sangat memakan waktu serta dianggap dapat mengurangi kepercayaan relasinya. Kerugian yang timbul akan sangat banyak jika sengketa tersebut diselesaikan melalui pengadilan. Oleh karena itu, mereka lebih memilih cara penyelesaian sengketa di luar pengadilan, yang lebih cepat, murah dan tidak terpublikasi. Lembaga penyelesaian sengketa yang memenuhi karakteristik tersebut adalah Arbitrase.

Arbitrase merupakan salah satu bentuk penyelesaian sengketa di luar pengadilan. Seiring dengan berkurangnya kepercayaan masyarakat terhadap pengadilan, hal ini mengakibatkan cara penyelesaian sengketa di luar pengadilan menjadi pilihan bagi mereka dalam menyelesaikan sengketa. Ada beberapa jenis cara penyelesaian sengketa di luar pengadilan seperti negosiasi, mediasi dan konsiliasi. Di Indonesia, ketiga hal tersebut lebih sering dikenal dengan alternatif penyelesaian sengketa (APS) atau *alternative dispute resolution* (ADR). Sedangkan arbitrase dipisahkan dari ketiga hal tersebut. Hal ini ditinjau dari sifat putusannya. Putusan dalam mediasi misalnya yang diusulkan oleh pihak ketiga, tidak memiliki kekuatan mengikat dan bersifat sukarela, dalam lingkup hukum internasional sering disebut sebagai putusan yang bersifat *win-win solution*. Berbeda dengan arbitrase yang sifat putusannya bersifat *final and binding*, artinya apapun keputusan arbiter harus dapat dijalankan dan mengikat para pihak.

Dalam penyelenggaraan kegiatan penanaman modal asing, untuk menunjukkan itikad baik dan kesiapan pihak pemerintah untuk diajukan ke suatu badan arbitrase internasional, telah diratifikasi konvensi “Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States” melalui Undang – Undang No. 5 Tahun 1968, Lembaran Negara nomor 32 Tahun 1968.

Konvensi ini melahirkan “International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID)” di Washington DC. Dengan Indonesia meratifikasi Konvensi ICSID ini, maka segala perselisihan yang terjadi antara Pemerintah Republik Indonesia dengan Investor asing (yang negaranya peserta konvensi ICSID) di bidang penanaman modal, maka diselesaikan melalui arbitrase ICSID.

UNIVERSITAS INDONESIA

Salah satu yang menarik dari Undang – Undang No. 25 Tahun 2007 adalah adanya jaminan pemerintah terhadap penyelesaian sengketa yang mungkin akan timbul kemudian hari. Proses penyelesaian sengketa di Indonesia memang selalu dikeluhkan oleh para investor, terutama penyelesaian melalui lembaga peradilan. Lembaga peradilan dianggap kurang responsif dan kurang fair, selain selalu lama dan bertele –tele. Untuk itu sudah seharusnya pemerintah juga memberikan perhatian kepada lembaga peradilan agar kebijakan tersebut dapat menjadi efektif dalam pelaksanaannya.

Berdasarkan latar belakang masalah yang telah diuraikan, maka penulis bermaksud untuk meneliti serta membahas lebih lanjut mengenai **“Penyelesaian Sengketa dalam Penanaman Modal Asing : Insentif Bagi Investor”**

1.2 Perumusan Masalah

Berdasarkan paparan yang diuraikan dalam latar belakang permasalahan, maka dapat dirumuskan beberapa pokok permasalahan yang akan diungkapkan dalam penulisan tesis ini, yaitu sebagai berikut:

1. Bagaimanakah penyelesaian sengketa antara partner lokal dan partner asing?
2. Bagaimanakah penyelesaian sengketa antara investor asing dan pemerintah?

1.3 Kerangka Teori dan Konsep

Kerangka teori yang digunakan untuk menganalisis data dalam penulisan tesis ini dengan *economic analysis of law* (analisa ekonomi atas hukum) yaitu efisiensi. Penyelesaian sengketa dibidang penanaman modal melalui badan arbitrase lebih efisien dibanding penyelesaian sengketa melalui pengadilan.

Hal tersebut disebabkan karena; pertama, penyelesaian sengketa melalui arbitrase adalah rahasia dan tidak terbuka untuk umum, seperti litigasi dalam pengadilan. Hal ini khususnya menjadi penting apabila pihak – pihak yang bersengketa ingin meneruskan hubungan mereka setelah putusan arbitrase. Kedua, para pihak dalam penyelesaian melalui arbitrase bebas untuk memilih prosedur penyelesaian sengketa tersebut, dibandingkan dengan pengadilan yang terikat dengan Hukum Acara Perdata yang sudah ada. Ketiga, para pihak bebas untuk memilih anggota arbitrator, jumlah mereka yang pasti harus ganjil, keahlian, dan

UNIVERSITAS INDONESIA

integritas mereka sebagai arbitrator. Hal ini mungkin tidak diperoleh jika sengketa tersebut diselesaikan melalui pengadilan. Keempat, keluwesan dalam prosedur arbitrase, artinya akan mempercepat penyelesaian sengketa melalui arbitrase, dan hal ini akan menghemat biaya. Kelima, dalam penyelesaian sengketa melalui pengadilan, maka keputusan pengadilan dapat dibanding ke pengadilan tinggi, bahkan sampai pada tingkat kasasi di Mahkamah Agung. Sebaliknya, putusan arbitrase dapat disepakati sebagai putusan akhir dan mengikat, artinya tidak dapat ditinjau lagi.

Untuk menghindari perbedaan pengertian mengenai istilah – istilah yang dipakai dalam penelitian ini, maka berikut ini adalah definisi operasional dari istilah – istilah tersebut:

1. Penanaman modal asing adalah kegiatan menanam modal untuk melakukan usaha di wilayah negara Republik Indonesia yang dilakukan oleh penanam modal asing, baik yang menggunakan modal asing sepenuhnya maupun yang berpatungan dengan penanam modal dalam negeri.³
2. Penanaman modal dalam negeri adalah kegiatan menanam modal untuk melakukan usaha di wilayah negara Republik Indonesia yang dilakukan oleh penanam modal dalam negeri dengan menggunakan modal dalam negeri.⁴
3. Insentif adalah ketentuan – ketentuan atau kebijakan – kebijakan yang ditetapkan dalam peraturan perundang – undangan di bidang penanaman modal dengan tujuan untuk meningkatkan gairah penanaman modal asing.⁵
4. Joint Venture adalah kerjasama antara pemilik modal asing dengan modal nasional berdasarkan suatu perjanjian (contractuel)⁶

³ Pasal 1 ayat (3) Undang – undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal

⁴ Pasal 1 ayat (2) Undang – undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal

⁵ Ida Bagus Rahmadi Supancana, Kerangka Hukum dan Kebijakan Investasi Langsung di Indonesia, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 2006), hlm. 71

⁶ Sunaryati Hartono, Beberapa Masalah Transnasional dalam Penanaman Modal Asing di Indonesia, (Bandung: Bina Cipta, 1970). Hlm. 1.

5. Arbitrase cara penyelesaian suatu sengketa perdata di luar peradilan umum yang didasarkan pada perjanjian arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa.⁷
6. Perjanjian arbitrase adalah suatu kesepakatan berupa klausula arbitrase yang tercantum dalam suatu perjanjian tertulis yang dibuat para pihak sebelum timbul sengketa, atau suatu perjanjian arbitrase tersendiri yang dibuat para pihak setelah timbul sengketa.⁸
7. Pengadilan Negeri adalah Pengadilan Negeri yang daerah hukumnya meliputi tempat tinggal termohon.⁹
8. Pemohon adalah pihak yang mengajukan permohonan penyelesaian sengketa melalui arbitrase.¹⁰
9. Termohon adalah pihak lawan dari Pemohon dalam penyelesaian sengketa melalui arbitrase.¹¹
10. Arbiter adalah seorang atau lebih yang dipilih oleh para pihak yang bersengketa atau yang ditunjuk oleh Pengadilan Negeri atau oleh lembaga arbitrase, untuk memberikan putusan mengenai sengketa tertentu yang diserahkan penyelesaiannya melalui arbitrase.¹²
11. Lembaga Arbitrase adalah badan yang dipilih oleh para pihak yang bersengketa untuk memberikan putusan mengenai sengketa tertentu; lembaga tersebut juga dapat memberikan pendapat yang mengikat mengenai suatu hubungan hukum tertentu dalam hal belum timbul sengketa.¹³
12. Putusan Arbitrase Internasional adalah putusan yang dijatuhkan oleh suatu lembaga arbitrase atau arbiter perorangan di luar wilayah hukum Republik Indonesia, atau putusan suatu lembaga arbitrase atau arbiter perorangan

⁷ Pasal 1 Undang – Undang No. 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa

⁸ Ibid

⁹ Ibid

¹⁰ Ibid

¹¹ Ibid

¹² Ibid

¹³ Ibid

yang menurut ketentuan hukum Republik Indonesia dianggap sebagai suatu putusan arbitrase internasional.¹⁴

13. Alternatif Penyelesaian Sengketa adalah lembaga penyelesaian sengketa atau beda pendapat melalui prosedur yang disepakati para pihak, yakni penyelesaian di luar pengadilan dengan cara konsultasi, negosiasi, mediasi, konsiliasi, atau penilaian ahli.¹⁵
14. ICSID adalah Badan arbitrase internasional yang menyelesaikan sengketa penanaman modal antara Negara dengan investor asing
15. Konvensi New York 1958 adalah Konvensi yang mengatur mengenai pengakuandan pelaksanaan putusan arbitrase asing.

1.4 Tujuan dan Manfaat Penelitian

Sejalan dengan permasalahan yang dikemukakan di atas, maka tujuan dari penelitian ini adalah untuk mengungkapkan kebenaran secara sistematis, metodologis dan konsistensi atas jawaban terhadap masalah yang terungkap di atas. Secara tegas tujuan yang ingin dicapai adalah:

1. Untuk mengetahui bagaimana penyelesaian sengketa antara partner lokal dan partner asing.
2. Untuk mengetahui bagaimana penyelesaian sengketa antara investor asing dan pemerintah.

Penelitian ini diharapkan dapat memberikan manfaat baik secara teoritis maupun secara praktis, yaitu :

1. Kegunaan Teoritis

Penelitian ini diharapkan dapat memberikan sumbangan bagi perkembangan dalam ilmu hukum pada umumnya dan khususnya bidang penanaman modal

2. Kegunaan Praktis

Penelitian ini diharapkan dapat memberikan sumbangan informasi dan pengetahuan bagi kalangan pelaku usaha dalam menyelesaikan sengketa. Serta bagi para aparat penegak hukum baik publik maupun privat sehingga

¹⁴ Ibid

¹⁵ Ibid

dapat terwujud suatu penegakan hukum yang dicita-citakan oleh Bangsa Indonesia

1.5 Metodologi Penelitian

Untuk membahas permasalahan yang diajukan dalam tesis ini, penulis menggunakan metode penelitian yuridis normatif, yaitu mengacu kepada norma – norma hukum yang terdapat dalam peraturan perundang-undangan dan putusan pengadilan. Bahan penelitian dikumpulkan melalui penelitian kepustakaan¹⁶.

Hasil penelitian disusun bersifat deskriptif analitis yaitu menggambarkan permasalahan mengenai penyelesaian sengketa dalam penanaman modal asing, kemudian berdasarkan data-data ini dilakukan analisa.

Bahan hukum yang dikumpulkan terdiri dari:

- a. bahan hukum primer, yaitu bahan – bahan hukum yang mengikat¹⁷ yang terdiri dari peraturan perundang – undangan dan peraturan setingkat yang relevan dengan penulisan ini.
- b. Bahan hukum sekunder, yaitu bahan – bahan hukum yang memberikan penjelasan mengenai bahan – bahan hukum primer¹⁸, seperti hasil – hasil penelitian, hasil karya dari kalangan hukum serta buku – buku, majalah – majalah dan jurnal – jurnal ilmiah tentang penyelesaian sengketa dibidang penanaman modal, baik penanaman modal asing maupun penanaman modal dalam negeri.
- c. Bahan hukum tersier, yaitu bahan – bahan hukum yang memberikan petunjuk maupun penjelasan terhadap bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder¹⁹, seperti kamus, ensiklopedia, dan lain – lain.

Dengan demikian penelitian yang dilakukan ini merupakan penelitian hukum normatif²⁰ yang bersifat analitis ekplanatoris²¹, melalui bahan kepustakaan.

1.6 Sistematika Penulisan

¹⁶ Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif suatu Tinjauan Singkat*, (Jakarta : Penerbit Rajawali, 1985) hlm. 15

¹⁷ Ibid Hal 9-10

¹⁸ Ibid

¹⁹ Ibid

²⁰ Ibid hal 14

²¹ Ibid hal. 50

Untuk memberikan gambaran yang jelas mengenai pokok bahasan materi tesis maka disusunlah sistematika penulisan.

Secara garis besar penulisan ini dibagi dalam 5 (lima) bab yang masing – masingnya akan dijelaskan sebagai berikut:

Bab Pertama sebagai pendahuluan menguraikan latar belakang, perumusan masalah, kerangka teori dan konsep, tujuan dan manfaat penelitian, metode penelitian dan sistematika penulisan.

Bab Kedua, akan menguraikan mengenai penyelesaian sengketa melalui pengadilan, penyelesaian sengketa melalui alternatif penyelesaian sengketa, dan penyelesaian sengketa melalui arbitrase.

Bab Ketiga ini akan menguraikan tentang penyelesaian sengketa antara partner lokal dan partner asing melalui badan arbitrase, penyelesaian sengketa antara partner lokal dan partner asing melalui badan peradilan umum.

Bab Keempat ini akan akan menguraikan tentang penyelesaian sengketa antara investor asing dan pemerintah melalui badan arbitrase, penyelesaian sengketa antara investor asing dan pemerintah melalui badan peradilan umum.

Bab Kelima, Sebagai bab terakhir berisi kesimpulan dan saran – saran. Bab ini akan menyimpulkan jawaban terhadap pokok permasalahan dalam penelitian dan saran – saran pelaksanaan penyelesaian sengketa penanaman modal asing di Indonesia.

BAB II

PENYELESAIAN SENGKETA DALAM PENANAMAN MODAL ASING

Pasal 32 Undang-Undang No.25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal mengatur mekanisme penyelesaian sengketa antara pemerintah dengan penanam modal asing, yaitu:

Ayat 1 : Dalam hal terjadi sengketa di bidang penanaman modal antara pemerintah dengan penanam modal, para pihak terlebih dahulu menyelesaikan sengketa tersebut melalui musyawarah mufakat.

Ayat 2 : Dalam hal penyelesaian sengketa sebagaimana dimaksud dalam ayat 1 tidak tercapai, penyelesaian sengketa tersebut dapat dilakukan melalui arbitrase atau alternatif penyelesaian sengketa atau pengadilan dengan ketentuan peraturan perundang – undangan.

Ayat 3 : Dalam hal terjadi sengketa di bidang penanaman modal antara Pemerintah dengan penanam modal dalam negeri, para pihak dapat menyelesaikan sengketa tersebut melalui arbitrase berdasarkan kesepakatan para pihak, dan jika penyelesaian sengketa melalui arbitrase tidak disepakati, penyelesaian sengketa tersebut akan dilakukan di pengadilan.

Ayat 4 : Dalam hal terjadi sengketa di bidang penanaman modal antara Pemerintah dengan penanam modal asing, para pihak akan menyelesaikan sengketa tersebut melalui arbitrase internasional yang harus disepakati oleh para pihak.

Dari sini bisa diambil kesimpulan, bahwa mekanisme penyelesaian sengketa antara pemerintah dengan penanam modal asing adalah sebagai berikut:

1. Musyawarah dan mufakat.
2. Peradilan
3. Alternatif Penyelesaian Sengketa
4. Arbitrase Internasional

2.1 Penyelesaian sengketa melalui Pengadilan

Setiap orang yang merasa dirugikan baik karena perbuatan melawan hukum maupun wanprestasi dari pihak lain, dapat mengajukan gugatan perdata terhadap pihak yang dianggap merugikan lewat pengadilan. Gugatan perdata tersebut dapat diajukan secara lisan (Pasal 118 ayat 1HIR, Pasal 142 Rbg) atau

UNIVERSITAS INDONESIA

secara tertulis (Pasal 120 HIR, Pasal 144 ayat 1 Rbg) dan gugatan perdata tersebut diajukan oleh yang berkepentingan.

Mengenai persyaratan tentang isi daripada gugatan tidak ada ketentuannya, tetapi kita dapat melihat dalam Rv Pasal 8 No.3 yang mengharuskan adanya pokok gugatan yang meliputi:

1. Identitas dari para pihak
2. Dalil – dalil konkret tentang adanya hubungan hukum yang merupakan dasar serta alasan – alasan daripada tuntutan. Dalil – dalil ini lebih dikenal dengan istilah *fundamentum petendi*.
3. Tuntutan atau petitum harus jelas dan tegas.

Pasal 32 ayat 3 UU No. 25 Tahun 2007 disebutkan: “Dalam hal terjadi sengketa di bidang penanaman modal antara Pemerintah dengan penanam modal dalam negeri, para pihak dapat menyelesaikan sengketa tersebut melalui arbitrase berdasarkan kesepakatan para pihak, dan jika penyelesaian sengketa melalui arbitrase tidak disepakati, penyelesaian sengketa tersebut akan dilakukan di pengadilan”. Jadi, menurut Pasal tersebut, jika para pihak tidak menyetujui arbitrase sebagai penyelesaian sengketa, maka jika timbul sengketa akan diselesaikan melalui pengadilan.

Penyelesaian sengketa melalui pengadilan dapat memilih antara pengadilan lokal (negara partner lokal) atau pengadilan asing (negara partner asing) atau bisa juga pengadilan negara ketiga. Akan tetapi, yang akan menjadi masalah nantinya adalah apakah suatu negara akan tunduk kepada putusan dari negara lain karena ini berkaitan dengan kedaulatan suatu negara. Pemilihan pengadilan di tempat partner lokal berada seringkali ditolak oleh investor asing, karena mereka beranggapan pengadilan lokal tidak dapat dipercaya, atau hakim pengadilan lokal dianggap tidak berpengalaman dalam masalah – masalah yang rumit berkenaan dengan investasi. Pemilihan pengadilan di negara ketiga mungkin juga tidak tepat, karena alasan – alasan yurisdiksi, biaya, dan pelaksanaan keputusan. Selalu sulit untuk menduga apakah pengadilan negara ketiga yang tidak mempunyai hubungan apapun dengan para pihak yang bersengketa atau perusahaan tersebut mempunyai yurisdiksi dan bersedia untuk memeriksa sengketa. Selanjutnya, dalam proses litigasi di pengadilan negara ketiga mungkin

UNIVERSITAS INDONESIA

akan memakan biaya yang besar berhubung dengan pemakaian lawyer lokal dan menghadiri sidang – sidang di negara tersebut. Akhirnya, belum tentu keputusan pengadilan tersebut dapat dilaksanakan di negara para pihak yang bersengketa²² yang pada akhirnya menimbulkan proses pengadilan yang panjang.

Sebagai sarana penunjang dalam pertumbuhan ekonomi, modal asing merupakan dambaan setiap negara yang sedang berkembang. Meningkatnya kegiatan bisnis, menyebabkan pula mungkin terjadinya sengketa antara pelaku ekonomi. Setiap anggota masyarakat menghendaki penyelesaian. Salah satu fungsi hukum adalah menyelesaikan sengketa.

Semakin banyak dan luas kegiatan perdagangan semakin banyak terjadi frekuensi sengketa. berarti semakin banyak sengketa yang harus diselesaikan. Hal itu menimbulkan pemikiran untuk mencari sistem penyelesaian sengketa yang cepat, efektif dan efisien.

Beberapa kritik yang dialamatkan kepada lembaga peradilan meningkatkan minat pelaku bisnis untuk beralih ke Lembaga alternatif.

Oleh sebab itu, para investor lebih menyukai untuk menyelesaikan sengketa melalui arbitrase atau alternatif penyelesaian sengketa. Namun, menurut ketentuan Pasal 3 (3) konvensi ICSID ditentukan bahwa dalam suatu persoalan yang diajukan kepada arbitrase masih diperlukan adanya persetujuan dari pada pemerintah negara yang digugat, yakni negara penerima modal. Jadi, walaupun para pihak sudah menyetujui melalui arbitrase, pada prakteknya hal itu tidak bisa langsung dilaksanakan sebelum adanya penyelesaian secara administratif dan hukum oleh para pihak lewat badan peradilan Indonesia.

Apabila kedua belah pihak yang bersengketa sepakat untuk menyelesaikan perselisihan melalui pengadilan lokal dan bukan melalui arbitrase atau alternatif penyelesaian sengketa, maka sesuai dengan ketentuan Hukum Acara Perdata yang berlaku serta Peraturan Mahkamah Agung RI Nomor 1 Tahun 2008 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan, pada persidangan kedua Ketua Majelis Hakim yang memeriksa perkara akan memerintahkan kepada pihak Penggugat dan Tergugat untuk menyelesaikan perkara melalui proses mediasi dan meminta

²² Erman Radjagukguk, *Hukum Investasi di Indonesia*, (Jakarta : Fakultas Hukum Universitas Al – Azhar Indonesia, 2007) hlm. 74.

kepada para pihak untuk segera menunjuk seorang mediator yang disepakati para pihak. Mediator tersebut dapat dipilih oleh para pihak dari daftar mediator yang telah disediakan oleh Pengadilan atau menunjuk pihak lain diluar Pengadilan.

Bila proses mediasi tidak mencapai kata sepakat, maka Majelis Hakim akan menyatakan proses mediasi tersebut telah gagal dan kemudian melanjutkan proses persidangan sesuai dengan Hukum Acara Perdata yang berlaku.

2.2 Penyelesaian Sengketa Melalui Alternatif Penyelesaian Sengketa

Penyelesaian sengketa melalui alternatif penyelesaian sengketa diatur dalam Pasal 6 ayat 1 – 9 undang – undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian sengketa. Menurut undang – undang tersebut²³, kedua belah pihak melakukan musyawarah dan dalam waktu paling lama 14 hari hasilnya dituangkan dalam kesepakatan tertulis. Jika sengketa tidak dapat diselesaikan, maka atas kesepakatan tertulis para pihak, sengketa diselesaikan melalui bantuan seorang atau lebih sebagai mediator.

Apabila dalam waktu paling lama 14 hari ternyata dengan bantuan mediator tidak juga menemukan kata sepakat, maka para pihak dapat menghubungi sebuah lembaga arbitrase untuk menunjuk seorang mediator. Setelah penunjukkan mediator, kemudian dalam waktu paling lama 30 hari harus sudah tercapai kesepakatan dalam bentuk tertulis yang ditandatangani oleh semua pihak yang terkait.

Apabila tercapai kesepakatan, maka kesepakatan tertulis tersebut adalah final dan mengikat para pihak untuk dilaksanakan dan wajib didaftarkan ke Pengadilan Negeri dalam waktu paling lama 30 hari setelah penandatanganan dan kesepakatan tersebut harus dilaksanakan paling lama 30 hari setelah didaftarkan. Apabila kesepakatan tidak tercapai, maka para pihak berdasarkan kesepakatan secara tertulis dapat mengajukan usaha penyelesaian melalui lembaga arbitrase atau arbiter.

2.2.1 Negosiasi

²³ Pasal 6 ayat 1 – 9 Undang – Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa

Negosiasi adalah cara penyelesaian sengketa oleh para pihak sendiri. Melalui negosiasi, para pihak diberi kesempatan untuk menyelesaikan terlebih dahulu secara langsung tanpa campur tangan pihak ketiga.

Cara ini biasanya selalu digunakan terlebih dahulu sebelum cara – cara lainnya digunakan. Bahkan untuk kontrak – kontrak internasional yang tidak menyangkut hak dan kewajiban para pihak yang relatif tidak terlalu besar atau menyangkut sejumlah uang yang relatif tidak terlalu banyak, para pihak biasanya hanya memilih forum negosiasi ini dalam klausul pilihan forumnya.

Segi positif dari forum ini adalah bahwa para pihaklah yang memegang “palu hakim” nya sendiri. Sifatnya rahasia. Hukum acara atau formalitas persidangan tidak ada. Karena sifatnya ini, memang negosiasi adalah forum yang paling dan tampaknya harus terlebih dahulu ditempuh para pihak.

Segi negatif dari forum ini adalah apabila para pihak ternyata kedudukannya relatif tidak seimbang. Pihak yang satu adalah perusahaan besar dan pihak lainnya atau rekanan dagangnya adalah pengusaha menengah atau kecil. Dalam kedudukan seperti ini biasanya pihak yang kuat dapat menekan secara psikologis pihak lainnya sehingga tunduk pada keinginan pengusaha kuat.

Kelemahan lainnya yang utama adalah efektivitas kesepakatan para pihak sebagai hasil dari cara penyelesaian melalui negosiasi. Hasil kesepakatan negosiasi para pihak pada prinsipnya tunduk pada komitmen atau itikad baik dari para pihak. Sampai seberapa jauh komitmen atau itikad baik para pihak untuk menghormati kesepakatan tersebut sedikit banyak bergantung pada para pihak itu sendiri.

Negosiasi dapat merupakan salah satu penyelesaian sengketa alternatif yang menarik di Indonesia, karena azas musyawarah dan mufakat yang telah menjwai bangsa kita. Namun dua hal perlu dikembangkan untuk mencapai tujuan tersebut. Pertama, fakultas- fakultas hukum perlu mencantumkan mata kuliah teknik negosiasi sebagai mata kuliah ketrampilan. Kedua, perlu kiranya para pengacara mempunyai satu kode etik yang akan menjadi pegangan utama dalam proses negosiasi²⁴.

²⁴ Erman Radjagukguk, *Arbitrase dalam putusan pengadilan*, (Jakarta: Chandra Pratama, Cetakan Pertama, 2000) hlm. 105

2.2.2 Mediasi

Mediasi adalah forum penyelesaian sengketa melalui pihak ketiga yang netral. Putusan mediasi adalah tidak mengikat. Batasan yang sama terdapat dalam Black's Law Dictionary.

“Intervention; interposition; the act of a third person in intermediating two contending parties with a view to persuading them to adjust or settle their dispute. Settlement of dispute by action of intermediary (neutral party).”

Di Amerika Serikat, mediasi diartikan sebagai pihak ketiga yang netral membantu para pihak untuk menyelesaikan sengketa diantara mereka. Mediasi sebagai penyelesaian sengketa alternatif 20 tahun yang lalu hanya dikaitkan dengan penyelesaian sengketa perburuhan. Namun 10 tahun terakhir ini mediasi menyelesaikan pula sengketa – sengketa sewa menyewa gedung /apartment, gugatan konsumen, perceraian dan pembagian harta, perlindungan lingkungan, petani, debitur dan bank sebagai kreditur untuk mencegah eksekusi. Program mediasi dikembangkan oleh Pengadilan Negeri Bagian dan Federal, dimana hakim, magistrate, pejabat pengadilan lainnya, atau orang lainnya bukan pejabat pengadilan sebagai mediator yang ditunjuk oleh pengadilan²⁵.

Mediator harus netral untuk mencapai kesepakatan. Pihak bersengketa bersedia negosiasi karena mereka tidak berhasil mencapai apa yang diinginkannya secara sepihak. Ia berunding dengan orang atau wakil yang dianggap dapat memahami maksudnya. Jika mediator bersikap netral, maka akan lahir ikatan berdasarkan kepercayaan. Jika mediator bertujuan menolong kedua belah pihak untuk mencapai kesepakatan, tetap netral dan menjamin kerahasiaan, para pihak tidak akan merasa kehilangan, walaupun harus mengurangi hal yang menguntungkan mereka untuk mencapai kesepakatan²⁶.

Segi positif dari mediasi adalah cara penyelesaiannya yang diselesaikan oleh pihak netral. Biasanya pihak ini memang atau seharusnya seorang ahli. Cara ini dibutuhkan apabila negosiasi macet. Cara ini tidak harus terikat pada formalitas yang kaku.

²⁵ Linda R. Singer, *Settling Disputes – Conflict Resolution in Business, Families, and The Legal System*. Hlm. 13 – 14 sebagaimana dikutip dari buku Erman Radjagukguk, *Arbitrase dalam putusan pengadilan* (Jakarta: Chandra Pratama, Cetakan Pertama, 2000) hlm. 110

²⁶ *Ibid* hlm. 111

Segi negatif dari mediasi, adalah putusannya yang tidak mengikat. Putusan ini baru dapat mengikat apabila dikaitkan dengan cara atau metode yang disebut dengan '*court – annexed mediation*'²⁷.

2.2.3 Konsiliasi

Konsiliasi merupakan suatu proses penyelesaian sengketa di antara para pihak dengan melibatkan pihak ketiga yang netral dan tidak memihak. Dalam praktek adakalanya suatu pihak siap mengadakan kompromi sedangkan pihak lainnya tidak bersedia. Hal itu tergantung kepada perasaan para pihak. Salah satu dari mereka mengalami kesulitan untuk berkomunikasi dengan lawannya, dalam hal ini mereka meminta waktu untuk memikirkannya dengan kepala dingin atau meminta bantuan pihak ketiga yang dapat dipercaya seperti konsiliator. Apalagi bagi pihak yang sudah merasa posisinya lemah, konsiliasi mungkin akan lebih menguntungkan.

2.3 Penyelesaian Sengketa Melalui Arbitrase

Penyelesaian sengketa bisnis melalui forum arbitrase sudah menjadi cara penyelesaian sengketa bisnis yang disukai. Para pihak dalam joint venture di Indonesia sebagian besar memilih arbitrase luar negeri sebagai tempat penyelesaian sengketa. Keuntungan dari penyelesaian sengketa melalui arbitrase ini antara lain adalah²⁸:

- a. Netralitas dari dewan arbitrase yang dipilih oleh para pihak, artinya tidak mempunyai *national character*.
- b. Pelaksanaan putusan arbitrase mungkin lebih bernilai bagi pihak yang dimenangkan daripada putusan pengadilan, karena cenderung siap untuk dilaksanakan berdasarkan konvensi New York.
- c. Penyelesaian sengketa melalui arbitrase adalah rahasia dan tidak terbuka untuk umum, seperti litigasi dalam pengadilan. Hal ini khususnya menjadi penting apabila pihak – pihak yang bersengketa ingin meneruskan hubungan mereka setelah putusan arbitrase.

²⁷ Huala Adolf, Dasar – Dasar hukum Kontrak Internasional, (Bandung: PT. Refika Aditama, Januari 2007) hlm. 173

²⁸ Erman Radjagukguk, Op.cit. Hal 75 - 76

- d. Para pihak dalam penyelesaian melalui arbitrase bebas untuk memilih prosedur penyelesaian sengketa tersebut, dibandingkan dengan pengadilan yang terikat dengan Hukum Acara Perdata yang sudah ada.
- e. Para pihak bebas untuk memilih anggota arbitrator, jumlah mereka yang pasti harus ganjil, keahlian, dan integritas mereka sebagai arbitrator. Hal ini mungkin tidak diperoleh jika sengketa tersebut diselesaikan melalui pengadilan.
- f. Keluwesan dalam prosedur arbitrase, artinya akan mempercepat penyelesaian sengketa melalui arbitrase, dan hal ini akan menghemat biaya.
- g. Dalam penyelesaian sengketa melalui pengadilan, maka keputusan pengadilan dapat dibanding ke pengadilan tinggi, bahkan sampai pada tingkat kasasi di Mahkamah Agung. Sebaliknya, putusan arbitrase dapat disepakati sebagai putusan akhir dan mengikat, artinya tidak dapat ditinjau lagi.
- h. Para pihak mempunyai keleluasaan untuk sepakat mengenai tempat dimana proses arbitrase tersebut akan dilakukan. Ini menjadi putusan yang penting, bukan saja ia akan menentukan, apakah pelaksanaan arbitrase tersebut berdasarkan Konvensi New York, karena tempat dimana putusan arbitrase diambil berbeda dengan tempat di mana putusan itu dilaksanakan. Bila tidak ada perbedaan tempat itu, maka pelaksanaan arbitrase akan dilaksanakan berdasarkan hukum nasional salah satu pihak..

Arbitrase dapat berupa arbitrase permanen (Institusional) maupun arbitrase ad-hoc.

2.3.1 Arbitrase Permanen (Arbitrase Institusional)

Arbitrase institusional ialah badan arbitrase yang sengaja didirikan dan bersifat permanen. Pembentukannya ditujukan untuk menangani sengketa yang timbul bagi mereka yang menghendaki penyelesaian diluar pengadilan. Faktor kesengajaan dan sifat permanen yang melekat pada arbitrase institusional, merupakan ciri pembeda badan ini dengan arbitrase ad hoc. Ciri lain, arbitrase institusional sudah ada berdiri sebelum sengketa timbul. Sedang arbitrase ad hoc,

UNIVERSITAS INDONESIA

selain sifatnya insidental, untuk menangani suatu kasus tertentu, baru dibentuk setelah perselisihan timbul.²⁹

Perbedaan lain, arbitrase institusional tetap berdiri untuk selamanya, dan tidak bubar meskipun perselisihan yang ditangani telah selesai diputus. Sebaliknya, arbitrase ad hoc bubar dan berakhir keberadaannya setelah sengketa yang ditangani selesai diputus.³⁰

Saat ini dikenal berbagai aturan arbitrase yang dikeluarkan oleh badan – badan arbitrase seperti Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI), atau yang internasional seperti The Rules of Arbitration dari The International Chamber of Commerce (ICC) di Paris, The Arbitration Rules dari The International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) di Washington. Badan – badan tersebut mempunyai peraturan dan sistem arbitrase sendiri – sendiri.

2.3.2 Arbitrase Ad-Hoc

Arbitrase Ad-hoc dilaksanakan berdasarkan aturan – aturan yang sengaja dibentuk untuk tujuan arbitrase, misalnya Undang – Undang No. 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa atau UNCITRAL Arbitration Rules. Pada umumnya arbitrase ad-hoc ditentukan berdasarkan perjanjian yang menyebutkan penunjukkan majelis arbitrase serta prosedur pelaksanaan yang disepakati oleh para pihak.³¹

Pengertian arbitrase ad hoc ialah arbitrase yang dibentuk khusus untuk menyelesaikan atau memutus perselisihan tertentu. Dengan demikian, kehadiran dan keberadaan arbitrase ad hoc bersifat “insidental”. Kedudukan dan keberadaannya hanya untuk melayani dan memutus kasus perselisihan tertentu. Selesai sengketa diputus, keberadaan dan fungsi arbitrase ad hoc lenyap dan berakhir dengan sendirinya.³²

Untuk mengetahui dan menentukan apakah arbitrase yang disepakati para pihak adalah jenis arbitrase ad-hoc, dapat dilihat dari rumusan klausula. Apabila klausula pactum de compromittendo atau akta kompromis menyatakan

²⁹ M. Yahya Harahap, *Arbitrase ditinjau dari Reglement Acara Perdata (Rv), Peraturan prosedur BANI, International Centre for the Settlement of investment disputes (ICSID), UNCITRAL Arbitration Rules, Convention on The Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award, Perma No. 1 tahun 1990*; (Jakarta: Sinar Grafika, 2003) hlm. 106

³⁰ Ibid

³¹ Ibid hlm. 105

³² Ibid

perselisihan akan diselesaikan oleh arbitrase yang berdiri sendiri di luar arbitrase “institusional”. Dengan kata lain apabila klausula menyebut arbitrase yang akan menyelesaikan perselisihan terdiri dari “arbiter perseorangan” maka arbitrase yang disepakati adalah jenis arbitrase ad hoc.³³

Pada prinsipnya arbitrase ad hoc tidak terikat dan terkait dengan salah satu badan arbitrase. Para arbiternya ditentukan dan dipilih sendiri berdasar kesepakatan para pihak. Oleh karena jenis arbitrase ad hoc tidak terkait dengan salah satu badan arbitrase, boleh dikatakan jenis arbitrase ini tidak memiliki aturan tata cara tersendiri baik mengenai pengangkatan para arbiter maupun mengenai tata cara pemeriksaan sengketa. Dalam hal ini arbitrase ad hoc tunduk sepenuhnya mengikuti aturan tata cara yang ditentukan dalam perundang-undangan. Arbitrase ad hoc yang ditunjuk di Indonesia tunduk mengikuti tata cara pengangkatan dan pemeriksaan sengketa yang diatur dalam ketentuan Rv. Begitu juga misalnya arbitrase ad hoc yang ditunjuk di Singapura, harus berpedoman kepada ketentuan perundang-undangan arbitrase Singapura. Akan tetapi prinsip tersebut tidak mengurangi kemungkinan arbitrase ad hoc tunduk pada suatu rules atau konvensi tertentu, apabila para pihak menghendaki. Misalnya para pihak sepakat menyerahkan penyelesaian kepada arbitrase ad hoc, tapi aturan yang dipakai ialah UNCITRAL Arbitration Rules atau ICC Rules (International Chamber of Commerce). Dalam kasus yang seperti itu, arbitrasenya bersifat ad hoc, namun aturan tata cara dan penunjukan arbiter maupun proses pemeriksaan tunduk kepada aturan UNCITRAL atau ICC. Tetapi arbitrasenya tidak tunduk kepada suatu badan arbitrase institusional tertentu.³⁴

Mengenai cara penunjukan arbiter dalam arbitrase ad hoc dapat dilakukan sendiri atas kesepakatan para pihak. Jika arbiternya tunggal, pengangkatannya atas persetujuan bersama. Apabila arbiternya lebih dari seorang, masing –masing pihak menunjuk seorang anggota, dan penunjukan arbiter yang ketiga dapat dilakukan atas kesepakatan atau menyerahkan kepada kesepakatan arbiter yang telah ditunjuk para pihak. Selain dari cara penunjukan arbiter yang disebutkan diatas, boleh juga para pihak menyerahkan kepada Pengadilan Negeri. Jika cara ini yang

³³ Ibid

³⁴ Ibid

mereka tempuh, hakim berwenang mengangkat arbiter yang diminta salah satu pihak berdasar ketentuan Pasal 619 Rv.³⁵

2.3.3 Arbitrase Dalam Negeri

Badan Arbitrase Nasional Indonesia yang disingkat BANI, merupakan badan arbitrase yang berwewasan nasional Indonesia. Ruang lingkup keberadaan dan yurisdiksinya meliputi kawasan wilayah nusantara. Akan tetapi meskipun BANI bersifat nasional, bukan berarti ia hanya berfungsi menyelesaikan sengketa – sengketa yang berkadar nasional, BANI dapat menyelesaikan sengketa – sengketa yang berbobot internasional, asal hal itu diminta dan disepakati oleh para pihak.

Pada Pasal 2 anggaran dasar BANI dijelaskan, BANI didirikan untuk memenuhi kebutuhan para pengusaha Indonesia yang ingin menyelesaikan persengketaan dengan pihak lainnya melalui arbitrase. Dan pada Pasal 1 ayat 1 Anggaran Dasar BANI dijelaskan pula bahwa BANI didirikan dengan tujuan untuk dapat menyelesaikan perselisihan yang adil dan cepat atas persengketaan yang timbul di bidang perdata mengenai soal – soal perdagangan, industri, dan keuangan baik yang bersifat nasional dan internasional.

Dari ketentuan Anggaran Dasar dimaksud, meskipun BANI merupakan arbitrase institusional yang bersifat nasional, hal itu tidak mengurangi kewenangannya untuk menyelesaikan sengketa – sengketa perdata yang terjadi antara Pemerintah Indonesia dan warga negara asing atau antara warga negara Indonesia dengan warga negara asing, asal hal itu dituangkan dalam kesepakatan dalam klausula arbitrase yang mereka perjanjikan dalam *pactum de compromittendo* atau akta kompromis.³⁶

BANI sebagai suatu lembaga penyelesaian sengketa dagang di Indonesia menggariskan tujuan badan ini sebagai berikut:

- a. Dalam rangka turut serta dalam upaya penegakan hukum di Indonesia menyelenggarakan penyelesaian sengketa atau beda pendapat yang terjadi diberbagai sektor perdagangan, industri dan keuangan, melalui arbitrase dan bentuk – bentuk alternatif penyelesaian sengketa lainnya

³⁵ Ibid

³⁶ Ibid Hal 106-107

antara lain di bidang – bidang korporasi, asuransi, lembaga keuangan, fabrikasi, Hak Kekayaan Intelektual, Lisensi, Franchise, Konstruksi, Pelayaran /maritim, lingkungan hidup, penginderaan jarak jauh, dan lain – lain dalam lingkup peraturan perundang – undangan dan kebiasaan internasional.

- b. Menyediakan jasa – jasa bagi penyelenggaraan penyelesaian sengketa melalui arbitrase atau bentuk – bentuk alternatif penyelesaian sengketa lainnya, seperti negosiasi, mediasi, konsiliasi dan pemberian pendapat yang mengikat sesuai dengan Peraturan Prosedur BANI atau peraturan prosedur lainnya yang disepakati oleh para pihak yang berkepentingan.
- c. Bertindak secara otonom dan independen dalam penegakan hukum dan keadilan.
- d. Menyelenggarakan pengkajian dan riset serta program – program pelatihan /pendidikan mengenai arbitrase dan alternatif penyelesaian sengketa.

Dalam menyelesaikan sengketa, biasanya BANI menyelesaikan sengketa dengan membentuk suatu majelis arbitrase. Majelis arbitrase biasanya terdiri dari 3 orang arbiter. Para pihak dapat memilih arbiternya masing –masing. apabila para pihak tidak memilih, maka Ketua BANI akan menentukan para arbiter untuk menyelesaikan sengketanya.

Majelis arbitrase dalam menyelesaikan sengketa tunduk pada kode etik arbiter BANI dan hukum acara BANI. Kewenangan BANI untuk menangani sengketa lahir karena adanya kesepakatan atau klausul atau perjanjian arbitrase yang disepakati dan ditandatangani oleh para pihak. BANI juga memberi model klausul arbitrase dimana para pihak dapat mengadopsinya dalam kontrak yang mereka buat. Model klausul arbitrase BANI berbunyi sebagai berikut:

“Semua sengketa yang timbul dari perjanjian ini, akan diselesaikan dan diputus oleh Badan Arbitrase Nasional Indonesia menurut peraturan – peraturan administrasi dan peraturan – peraturan prosedur arbitrase BANI, yang keputusannya mengikat kedua belah pihak yang bersengketa sebagai keputusan dalam tingkat pertama dan terakhir”.

2.3.4 Arbitrase Luar Negeri

UNIVERSITAS INDONESIA

Sejak disahkannya konvensi New York 1958 (The Convention On The Recognition and enforcement of foreign arbitral awards) makin dirasakan manfaat lembaga – lembaga arbitrase, baik nasional maupun internasional. Indonesia telah mengaksesi konvensi ini dengan Keppres Nomor 34 Tahun 1981³⁷. Keanggotaan Indonesia terdaftar secara resmi pada tanggal 7 oktober 1981. Kemudian pada tahun 1990 dikeluarkan Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 1990 tentang Tata Cara Pelaksanaan Putusan Arbitrase Asing. Dengan siapnya Indonesia untuk mengakui dan melaksanakan putusan arbitrase asing, suatu kunci bagi kelancaran hubungan perdagangan internasional pada umumnya dan khususnya kendala dalam melaksanakan putusan arbitrase asing diharapkan mencair dengan diikutinya konvensi ini oleh negara.

Tineke Louis Tuegeh Longdong mengemukakan alasan – alasan mengapa sampai Indonesia ikut serta pada Konvensi New York Tahun 1958 ini³⁸ yaitu:

Pertama, dengan diundangkannya Undang – Undang Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing. Kedua, dengan ikut sertanya Indonesia pada konvensi tentang Penyelesaian Perselisihan antara Negara dan warga Negara asing mengenai Penanaman Modal Asing. Ketiga, karena sebagai anggota Perserikatan bangsa – bangsa, Indonesia tidak hendak terpencil dari perkembangan dan pergaulan dunia internasional. Keempat, karena Negara – Negara modern sudah menjadi peserta Konvensi New York 1958 ini. Secara konstitusional, berarti Pemerintah republic Indonesia yang telah terikat dengan konvensi ini berkewajiban mengakui dan melaksanakan putusan arbitrase asing di wilayah Republik Indonesia.

Secara konstitusional, berarti Pemerintah Republik Indonesia yang telah terikat dengan konvensi ini berkewajiban mengakui dan melaksanakan putusan arbitrase asing di wilayah Republik Indonesia.

Pasal I (1), Konvensi memberikan pengertian tentang apa yang dimaksud dengan putusan arbitrase asing sebagai satu putusan arbitrase yang dibuat di

³⁷ Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 40 Tahun 1981

³⁸ Tineke Louise Tuegeh Longdong, "Pelaksanaan Konvensi New York 1958; Suatu Tinjauan Atas Putusan – putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia dan Pengadilan Luar Negeri Mengenai Ketertiban Umum. Disertasi (Universitas Indonesia).

dalam wilayah satu Negara lain daripada Negara dimana pengakuan dan pelaksanaan putusan itu dimintakan.

Pengertian yang diberikan adalah sangat luas, dengan tidak memberikan suatu perbedaan antara apakah suatu putusan itu dibuat oleh Negara peserta atau tidak. Namun Pasal I (3), menawarkan kemungkinan bagi Negara peserta untuk membuat “award made only in the territory of another contracting”.

Berkaitan dengan prinsip resiprositas, pasal XIV menyatakan:

“A Contracting State shall not be entitled to avail it self of the present convention against other state except to the extent that it is it self bound to apply the convention”.

Indonesia juga menganut prinsip resiprositas tersebut, seperti dinyatakan dalam suatu pernyataan sebagaimana tercantum pada Lampiran Keputusan Presiden Republik Indonesia nomor 34 Tahun 1981:

“.....the Government of the Republic of Indonesia declares that it will apply the convention on the basis of reciprocity to the recognition and enforcement of awards made only in the territory of another contracting state.....”.

Dari pernyataan tersebut jelaslah kesediaan Negara Indonesia mengakui dan melaksanakan putusan arbitrase asing, harus bertimbang balik dengan pengakuan dan kesediaan Negara lain untuk melaksanakan putusan arbitrase yang diminta oleh pihak Indonesia. Selain dari prinsip resiprositas, konvensi hanya mencakup sengketa di bidang hukum tertentu yakni hukum komersial baik yang sifatnya kontraktual atau bukan³⁹.

Disamping hubungan – hubungan hukum yang dimaksud harus dianggap sebagai hubungan – hubungan hukum dalam ruang lingkup hukum dagang menurut tata hukum atau sistem hukum dari Negara yang membuat pernyataan tersebut. Pernyataan tersebut bertujuan untuk mengakomodasi kepentingan beberapa Negara yang memiliki Kitab undang – Undang Hukum Perdata dan Dagang yang terpisah dan memberikan izin untuk menyelesaikan sengketa kepada Badan Arbitrase hanya berkenaan dengan persengketaan – persengketaan yang diakui menurut Kitab Undang – Undang Hukum Dagangnya.

³⁹ Pasal I ayat (3) Konvensi New York:

“.....it may also declare that it will apply the convention only to defference arising out of legal relationships, wether contractual or not, which are considered as commercial under the national law of the state making such declaration”.

Dengan adanya ketentuan ini Negara – Negara bebas untuk mengakui efektifitas suatu perjanjian internasional untuk menyerahkan suatu sengketa yang khusus, berupa sengketa komersial.

Reservasi ini dianut oleh Indonesia seperti diungkapkan dalam deklarasi:

“... .. it will apply the Convention only to differences arising out of legal relationships, whether contractual or not, which are considered as commercial under the Indonesian law⁴⁰

Berdasarkan deklarasi tersebut, maka badan peradilan di Indonesia hanya terikat untuk mengakui dan melaksanakan putusan arbitrase luar negeri, sepanjang putusannya berada dalam ruang lingkup sengketa Hukum dagang.

Apakah putusan itu meliputi persengketaan hukum dagang atau tidak, penilaiannya merujuk kepada ketentuan hukum Dagang Negara yang bersangkutan, yakni Hukum Dagang Indonesia. Berkaitan dengan ini antara lain perlu diperhatikan apa yang diatur oleh Pasal 616 Rv. Pasal ini menegaskan, bahwa tidak diperkenankan dan dianggap batal demi hukum setiap putusan arbitrase mengenai penghibahan, hibah wasiat, nafkah, perceraian, kedudukan hukum seseorang dan mengenai hal – hal sengketa yang oleh ketentuan undang – undang tidak diperbolehkan mengadakan suatu perdamaian. Walaupun larangan yang diatur dalam Pasal tersebut ditujukan terhadap arbitrase yang dibuat di Indonesia, tetap dipergunakan sebagai pedoman acuan mengenai arbitrase asing.

Konvensi memberi arti yang luas atas arti tertulis dimana termasuk perjanjian yang dibuat tersendiri di luar perjanjian pokok, atau perjanjian yang termuat dalam pertukaran surat menyurat antara kedua belah pihak maupun pertukaran telegram yang berisi persetujuan perjanjian arbitrase⁴¹. Dengan ketentuan ini konvensi telah mengakomodasi kemajuan teknologi dalam bidang telekomunikasi. Sebagai subjek dari perjanjian arbitrase, konvensi tidak menekankan pentingnya kewarganegaraan pihak yang bersengketa.

Perjanjian yang telah dibuat oleh para pihak mengikat berdasarkan pacta sunt servanda. Ketentuan Pasal II (3) merupakan suatu peringatan terhadap badan peradilan yang terdapat dalam setiap Negara peserta konvensi, bahwa perjanjian yang sah melahirkan kompetensi absolut dari badan arbitrase. Perjanjian arbitrase

⁴⁰ Lampiran Keppres No. 34 Tahun 1981

⁴¹ Lihat Pasal II ayat (2), Konvensi New York

yang telah dibuat mengikat sebagai layaknya suatu undang – undang, dan hanya dapat digugurkan atas kesepakatan para pihak.

Apabila pengadilan menerima suatu gugatan dari seorang, ternyata orang tersebut telah mengikat diri dalam suatu perjanjian arbitrase, maka pengadilan harus menyatakan diri tidak berwenang mengadili.

Kewenangan absolut arbitrase untuk menyelesaikan perselisihan baru dapat disingkirkan oleh pengadilan dalam hal perjanjian yang dibuat oleh para pihak batal demi hukum atau perjanjian itu sendiri tidak mungkin dilakukan⁴².

Pasal III Konvensi mengharuskan kepada setiap Negara peserta konvensi untuk mengakui putusan arbitrase, sebagai putusan yang bersifat “final and binding” dan melaksanakan eksekusi menurut aturan hukum acara yang berlaku dalam wilayah Negara dimana putusan arbitrase yang bersangkutan dimintakan eksekusinya.

Dalam ketentuan ini, terkandung asas *ius sanguinis* atau asas personalitas yang menentukan eksekusi putusan arbitrase-asing harus ddijalankan menurut tata cara hukum acara yang berlaku di Negara mana eksekusi dimohonkan.

Sifat *self executing* dari konvensi ini sebenarnya mengakibatkan kurang tepat alasan tidak ada peraturan pelaksanaan untuk menolak pelaksanaan eksekusi. Di Indonesia hal ini juga menimbulkan perdebatan antara para ahli hukum.

Asikin menganggap perlunya suatu peraturan pelaksanaan dari Keppres nomor 34 Tahun 1981, sedangkan Sudargo Gautama menganggap bahwa Konvensi New York dengan keppres nomor 34 Tahun 1981 termasuk apa yang dinamakan *self executing*, sehingga tidak diperlukan lagi suatu peraturan pelaksanaan secara khusus untuk dapat berlaku, karena didalam konvensi itu sendiri telah diutarakan, bahwa cara pelaksanaan suatu putusan arbiytrase luar negeri sama dengan keputusan arbitrase didalam negeri peserta konvensi ini sendiri⁴³.

⁴² Lihat Pasal II ayat (3), konvensi New York.

“the court of a contracting state, when seized of an action in a matter in respect of which the parties have made an agreement within the meaning of this article, shall at the request of one of the parties, refer the parties to arbitration, unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed”.

⁴³ Sudargo Gautama, Op. Cit, hal. 7

Dengan dikeluarkannya Peraturan Mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 1990, tentang tata cara pelaksanaan putusan arbitrase asing, polemik tentang hal ini berakhir.

Walaupun dalam Pasal III ditegaskan kewajiban setiap Negara peserta untuk mengakui putusan arbitrase yang dibuat di luar negeri, kemungkinan penolakan diatur di dalam pasal V sepanjang disertai dengan alasan – alasan dan membuktikan alasan – alasan penolakan tersebut. Pasal ini memuat tujuh alasan penolakan pelaksanaan suatu putusan arbitrase yaitu mengenai:

1. Kapasitas para pihak atau ketidakabsahan perjanjian menurut hukum yang berlaku.
2. Pemberitahuan yang patut tentang penunjukkan arbitrase dan lain – lain.
3. Putusan melebihi masalah – masalah hukum yang diberikan.
4. Pemilihan arbiter.
5. Keputusan tersebut belum mengikat terhadap para pihak.
6. Melalui sengketa tidak dapat diselesaikan oleh arbitrase menurut hukum Negara tempat arbitrase berlangsung.
7. Pengakuan dan pelaksanaan putusan tersebut bertentangan dengan *public policy* Negara tersebut.

Alasan ketertiban umum yang dipergunakan sebagai alasan penolakan, mengalami kesulitan dalam menafsirkannya. Karena ketertiban umum mempunyai konsepsi yang berbeda – beda diberbagai Negara.

Sehingga seharusnya pemakaian alasan ini sesuai dengan pendapat Sudargo Gautama secara irit, sebagai rem darurat dan apabila betul – betul untuk melindungi sendi – sendi asasi dari hukum nasional (*as a shield not as a sword*)⁴⁴.

Pasal 3 ayat (3), PERMA nomor 1 Tahun 1990 menegaskan bahwa putusan arbitrase asing yang diakui dan yang dapat dieksekusi di Indonesia hanya terbatas pada putusan – putusan yang tidak bertentangan dengan ketertiban umum.

Konvensi New York memberikan kewenangan kepada setiap Negara peserta untuk tidak mengakui dan melaksanakan putusan arbitrase asing yang

⁴⁴ Sudargo Gautama, *Pengantar Hukum Perdata Internasional* (Bandung: Bina Cipta, 1987) hlm. 133 - 134

bertentangan dengan ketertiban umum. Mengenai hal ini, selain ditegaskan oleh Pasal V (2) konvensi New York juga diatur dalam pasal 36 ayat (1) sub v (ii) dari UNCITRAL Model law on International commercial Arbitration:

“The award has not yet become binding on the parties or as been set a side or suspended by a court of the country in which, or under the law of which, that award was made; of if the court finds that; the recognition or enforcement of the award waould be contrary to the public policy of this state”.

Terhadap putusan dewan Arbitrase ICSID yang telah berkekuatan hukum tetap dan memenuhi syarat pengakuan dan pelaksanaannya di wilayah Republik Indonesia, dapat diajukan permohonan *exequatur* ke Pengadilan negeri Jakarta Pusat sesuai tata cara yang berlaku menurut pasal 377 RIB /705 reglement daerah – daerah luar Jawa dan Madura.

Permohonan *exequatur* itu harus dilengkapi juga dengan:

1. Asli putusan atau turunan putusan arbitrase yang telah diotentikkan serta naskah terjemahan resminya sesuai dengan ketentuan hukum Indonesia.
2. Asli perjanjian atau turunan perjanjian yang menjadi dasar putusan arbitrase yang telah diotentikkan serta naskah terjemahan resminya sesuai dengan ketentuan hukum yang berlaku di Indonesia..
3. Keterangan dari perwakilan diplomatik Indonesia di Negara dimana putusan arbitrase tersebut diberikan.

Berdasarkan permohonan itu, dalam waktu selambat-lambatnya 14 hari terhitung sejak tanggal diterimanya permohonan tersebut Ketua Pengadilan Negeri Jakarta Pusat mengirimkan berkas permohonan eksekusi tersebut kepada Panitera atau Sekretaris mahkamah Agung untuk memperoleh *exequator*.

Setelah mahkamah Agung memberi *exequator*, maka pelaksanaan selanjutnya diserahkan kepada Ketua Pengadilan Negeri Jakarta Pusat. Namun jika pelaksanaan putusan itu diluar dari Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, maka pengadilan yang terakhir ini menyerahkan pelaksanaannya kepada Pengadilan Negeri yang secara relatif berwenang dan pelaksanaan diatur menurut RIB/Reglement daerah – daerah luar jawa dan Madura.

UNIVERSITAS INDONESIA

Diharapkan dengan adanya peraturan mahkamah Agung Nomor 1 Tahun 1990, sebagai peraturan pelaksanaan dari Keppres nomor 34 tahun 1981. Pemerintah Republik Indonesia khususnya Mahkamah Agung secara konsekuen mengakui dan melaksanakan putusan arbitrase asing khususnya terhadap putusan arbitrase ICSID di wilayah Republik Indonesia.

Karena sebelum adanya peraturan pelaksanaan dari Keppres nomor 34 tahun 1981 putusan arbitrase asing sangat sulit dilaksanakan. Seperti dikatakan oleh Asikin Kusumah Atmaja bahwa keputusan arbitrase luar negeri belum dapat dilaksanakan melalui Pengadilan Negeri di Indonesia, karena belum ada peraturan pelaksanaan Keppres ini⁴⁵.

Sudah saatnya Pemerintah Republik Indonesia mempersiapkan perangkat hukum yang memadai dan siap ,melaksanakan putusan arbitrase asing dengan kemauan politik (*political will*) yang baik. Sebab hal ini sangat menentukan reputasi Indonesia ditingkat internasional yang berdampak terhadap perkembangan investasi asing di Indonesia.

Dengan demikian usaha – usaha untuk membangkitkan kembali kepercayaan pihak asing khususnya pengaturan yang memadai tentang penyelesaian sengketa penanaman modal asing harus mendapatkan perhatian serius.

2.3.5 Sengketa antara Investor Asing dan Pemerintah Republik Indonesia melalui arbitrase Luar Negeri

1. Penyelesaian sengketa melalui badan arbitrase ICSID

Untuk penyelesaian sengketa antara investor asing dengan Pemerintah, Pemerintah Indonesia sudah meratifikasi konvensi tentang Penyelesaian Sengketa antara Negara dan Warga Negara Asing mengenai Penanaman Modal (*Convention on The Settlement of Investment Disputes Between States and National of Other States, International Centre For Settlement of Investment Disputes, Washington 1965*) melalui Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1968.

Pasal 25 ayat (1) konvensi ICSID menyatakan bahwa yang menjadi subyek arbitrase ICSID, yaitu sengketa antara:

⁴⁵ Sudargo Gautama, Op. cit. hal 57

- Negara peserta konvensi atau subdivisi atau perwakilan dari Negara peserta konvensi yang oleh Negara yang bersangkutan telah diberikan persetujuan untuk tampil sebagai pihak di forum arbitrase ICSID (*contracting state or any constituent subdivision or agency of contracting state designated to the centre by the state*), dengan
- Warga Negara asing yang negaranya adalah anggota peserta konvensi ICSID (*national of another contracting state*)

Badan arbitrase ICSID tidak mempunyai wewenang untuk mengadili sengketa antara Negara dengan Negara atau antara seorang warga negara dengan seorang warga Negara lainnya, walaupun sengketa yang diserahkan kepadanya itu adalah suatu sengketa hukum yang timbul sebagai akibat dari adanya perjanjian dalam kegiatan penanaman modal. .

Mengenai yuridiksi ICSID dalam sengketa penanaman modal asing ini diatur dalam Pasal 25 Konvensi tersebut. Menurut pasal ini, sedikitnya ada tiga persyaratan pokok yang harus dipenuhi oleh para pihak untuk dapat menggunakan sarana arbitrase ini, yaitu⁴⁶

a. Harus ada kesepakatan

Para pihak sebelumnya harus mencapai kata sepakat untuk menyerahkan perselisihannya kepada arbitrase ICSID. Konvensi mensyaratkan adanya kesepakatan tertulis yang menunjuk pemakaian ICSID. Penunjukkan badan arbitrase ini tercantum dalam klausul perjanjian penanaman modal yang menetapkan suatu sengketa yang kelak mungkin timbul dari perjanjian tersebut. Pasal 25 ayat 1 Konvensi ICSID menyebutkan bahwa kata sepakat tersebut tidak perlu dituangkan dalam dokumen tersendiri. Negara penerima modal melalui perundang – undangannya dapat menawarkan agar sengketa yang timbul antara investor dan penerima modal diserahkan kepada arbitrase ICSID.

b. Yuridiksi *Rationae Materiae*

⁴⁶ Sudargo Gautama, *Soal – soal Aktual Hukum Perdata Internasional*, (Bandung: Alumni, 1981) hlm. 4 -6

Yuridiksi ICSID terbatas pada sengketa hukum akibat adanya penanaman modal saja. Sengketa ini adalah antara warga Negara suatu Negara dan Negara peserta Konvensi ICSID.

c. Yuridiksi *Rationae Personae*

Dewan arbitrase ICSID hanya memiliki kewenangan mengadili sengketa antara Negara dan warga Negara asing lainnya yang negaranya adalah juga anggota atau peserta konvensi ICSID.

Lebih lanjut, Pasal 25 ayat (1) konvensi ICSID menyatakan Negara sebagai pihak dalam memberikan persetujuan terhadap arbitrase ICSID tanpa membedakan apakah Negara dalam status *iure imperii* dan *iure gestionis*. Apakah suatu Negara berdaulat dapat digugat dihadapan forum dari Negara lain (*sovereign immunity*) dan apakah tindakan suatu Negara dapat diuji oleh hakim Negara lain (*act state of doctrine/secondary immunity*) ?

Di negara – negara Anglo Saxon (United Kingdom dan Amerika Serikat) pada awalnya memegang teguh kedua immunitas tersebut. Apabila suatu perbuatan berasal dari negara berdaulat yang diakui oleh Pemerintah negara mereka, maka hakim di negara anglo saxon ini tidak mempunyai wewenang untuk mengadakan pengujian terhadap perbuatan –perbuatan dari negara yang telah dilakukannya sebagai negara berdaulat ini (*iure imperii*). Apakah negara digugat itu telah melakukan perbuatannya sebagai negara (dalam arti sebagai kesatuan yang berdaulat) dan dengan demikian negara tersebut bertindak dalam kualitasnya sebagai *iure imperii*. Ataupun negara tersebut telah bertindak sebagai suatu entitas yang melakukan tindakan perdata seperti perorangan dan dengan demikian berada dalam kualitas *iure gestionis* akan ditentukan oleh kualitas negara dalam penampakan dirinya.⁴⁷

Dibuatnya suatu ketentuan yang mencakup arti yang luas dari status suatu negara, dengan tidak mempersoalkan *iure imperii* atau *iure gestionis*, dalam upaya memberi kesempatan yang seluas-luasnya kepada investor asing untuk dapat menggugat negara. Ini tidak terlepas dari tujuan yang ingin dicapai oleh konvensi, yaitu:

⁴⁷ Sudargo Gautama, *Hukum Perdata Dan Dagang Internasional* (Bandung : Alumni 1980) hlm. 2-4

Pertama, untuk menjembatani dan mengisi kekosongan upaya hukum dalam penyelesaian kasus Penanaman Modal Asing antara investor asing dengan negara penerima modal (host state) yaitu dengan memberi mekanisme khusus berupa fasilitas konsiliasi atau arbitrase.

Kedua, untuk mendorong dan melindungi arus modal dari negara maju ke negara berkembang. Sebagai perimbangan atas ketentuan tersebut, diberikan kebebasan kepada negara untuk membuat pembatasan – pembatasan, mengenai sengketa yang tidak diinginkan negara – negara peserta untuk diselesaikan di depan arbitrase ICSID.

Dengan uraian diatas, terlihat bahwa dalam status *ius imperii* maupun *ius gestionis* negara dapat menjadi pihak dihadapan arbitrase ICSID, kecuali diadakan pembatasan – pembatasan yang dinyatakan secara tegas baik pada waktu maupun setelah ratifikasi konvensi dilakukan. Setelah ratifikasi dilakukan oleh negara yang diikuti dengan kesepakatan untuk mempergunakan fasilitas ICSID, jika timbul sengketa dengan investor asing, maka lahir yuridiksi ICSID dan masalah kedaulatan negara tidak dipersoalkan lagi. Dua perangkat lembaga berupa ratifikasi dan perjanjian arbitrase memberi landasan bagi yuridiksi ICSID. Berdasarkan kepada *pacta sunt servada*, tidak ada lagi rintangan bagi investor asing untuk menggugat negara yang berdaulat tersebut.

Asas *pacta sunt servada* ini merupakan asas yang berlaku secara universal, dalam arti memudahkan pemahaman para pihak yang memiliki kewarganegaraan yang berbeda terhadap keterikatan atas perjanjian arbitrase yang telah dibuat.

Berdasarkan Pasal 27 ayat (1) konvensi ICSID, jalur diplomatik telah tertutup dengan adanya penyerahan penyelesaian sengketa ke badan arbitrase ICSID.⁴⁸ Demikian pula keputusan badan arbitrase mengikat para pihak dan tidak ada banding atau upaya selain dari yang telah diatur oleh konvensi.⁴⁹

⁴⁸ Pasal 27 ayat 1 konvensi ICSID No Contracting state shall give diplomatic protection or bring an international claim, in respect of a dispute which one of its nationals and another contracting state shall have consented to submit or shall have submitted to arbitration under this convention, unless such other contracting state shall have failed to abide by and comply with the award rendered in such dispute

⁴⁹ Pasal 53 ayat 1, Konvensi ICSID, The Award shall be binding on the parties and shall not be subject to any appeal or to any other remedy except those provided for in this convention. Each party shall abide by and comply with the terms of the award except to the extent that enforcement shall have been stayed pursuant to the relevant provision of the convention.

Oleh karena itu, sebelum negara sebagai pihak membuat suatu persetujuan atas klausula arbitrase ICSID, perlu dipertimbangkan dengan cermat segala akibat – akibat hukum yang mungkin timbul dari perjanjian yang diadakan tersebut. Dengan tidak adanya penegasan di dalam konvensi tentang status negara sebagai pihak yang telah memberi persetujuan arbitrase ICSID, maka apabila kemudian terjadi sengketa, termasuklah ia kedalam yuridiksi arbitrase ICSID. Dalam hal ini tidaklah merupakan persoalan apakah sengketa itu merupakan suatu sengketa yang timbul dari suatu kontrak perdata atau sengketa itu berawal dari terbitnya suatu keputusan yang dianggap oleh investor asing dapat merugikan dirinya.

Pasal 42 ayat 1 Konvensi ICSID menyatakan bahwa dalam penyelesaian perkara yang diserahkan kepada ICSID, hukum yang dipergunakan untuk menyelesaikan perkara yang bersangkutan pertama – tama adalah hukum yang disepakati oleh para pihak yang berselisih (pilihan hukum). Mengenai pilihan hukum ini tidak terbatas kepada hukum di kedua Negara akan tetapi dapat menunjuk hukum nasional Negara ketiga.

Pasal 42 ayat 1 Konvensi juga menyebutkan bahwa apabila pilihan hukum yang demikian tidak ada, maka hukum yang digunakan adalah hukum nasional (termasuk kaidah – kaidah Hukum Perdata Internasional) Negara peserta Konvensi ICSID, dan hukum Internasional.

Ada beberapa kemungkinan terhadap penggunaan hukum internasional, yaitu⁵⁰:

- a. Apabila para pihak menyetujuinya.
- b. Apabila hukum Negara peserta konvensi ini, yang merupakan pihak dalam perselisihan, menghendaki supaya hukum internasional yang dipakai.
- c. Apabila pokok persoalan yang disengketakan itu secara langsung diatur oleh hukum internasional.
- d. Apabila hukum Negara peserta konvensi yang ikut serta dalam perselisihan tersebut ternyata telah melanggar ketentuan hukum internasional. Disamping itu berdasarkan pasal 42 ayat 3 Konvensi

⁵⁰ Ridwan Khairandy, Pengantar Hukum Perdata Internasional (Yogyakarta: FH UI Press, Januari 2007), hlm. 212.

ICSID, arbiter dapat menjatuhkan putusan atas dasar *ex aquo et bono* apabila para pihak menghendaki demikian.

2. Penyelesaian sengketa melalui badan arbitrase UNCITRAL

Salah satu sumber hukum arbitrase lain yang sudah dimasukkan ke dalam sistem tata hukum nasional Indonesia adalah UNCITRAL Arbitration Rules. UNCITRAL dilahirkan sebagai Resolusi Sidang Umum PBB tanggal 15 Desember 1976. Pemerintah Indonesia termasuk salah satu negara yang ikut menandatangani resolusi dimaksud. Dengan demikian, UNCITRAL Arbitration Rules yang menjadi lampiran resolusi, telah menjadi salah satu sumber hukum internasional di bidang arbitrase.

Cara penerapan klausula atau perjanjian arbitrase menurut UNCITRAL harus berbentuk tertulis. Setiap kehendak pihak – pihak yang ingin menundukkan diri kepada ketentuan – ketentuan arbitrase yang diatur dalam UNCITRAL Arbitration Rules, kata sepakat untuk itu mesti berbentuk tertulis (*agreed in writing*)⁵¹.

Proses pertama yang melahirkan kewenangan arbitrase memeriksa dan menyelesaikan sengketa secara materiil, dengan adanya pengajuan gugatan oleh salah satu pihak. Pengajuan gugatan dalam arbitrase diajukan dengan surat claim dalam bentuk tertulis.

Menurut Pasal 18 UNCITRAL Arbitration rules, materi mengenai *statement of claim* diklasifikasikan secara sistematis dalam bentuk:

- a. A statement of the facts supporting the claim
- b. The points of issue
- c. The relief or remedy sought

Pada waktu pihak claimant mengajukan claim, harus melampirkan berbagai dokumen. Pasal 18 UNCITRAL Arbitration Rules, sama ketentuannya dengan BANI. Setiap gugat harus dilampiri dengan:

- a. Salinan akta perjanjian.

⁵¹ Pasal 1 UNCITRAL Arbitration Rules. Where the parties to a contract have agreed in writing that disputes in relation to that contract shall be referred to arbitration under the UNCITRAL Arbitration Rules, then such disputes shall be settled in accordance with these Rules subject to such modification as the parties may agree in writing

- b. Salinan perjanjian arbitrase apabila klausula arbitrase tidak langsung tercantum dalam perjanjian pokok.

Sekiranya para pihak telah sepakat menunjuk UNCITRAL Arbitration Rules, jangka waktu menyampaikan statement of defence, tergantung pada batas jangka waktu yang ditentukan Mahkamah Arbitrase, asal batas waktu tersebut tidak boleh melebihi 45 hari. Hal ini sesuai dengan Pasal 23 yang menjelaskan, setiap batas jangka waktu yang akan ditetapkan Mahkamah Arbitrase mengenai pemberitahuan atau jawaban tertulis apakah itu tambahan statement of claim atau statement of defence, tidak boleh melampaui 45 hari. Pada akhir kalimat, ketentuan ini member kemungkinan untuk melampaui batas waktu tersebut kepada Mahkamah Arbitrase, seandainya ia berpendapat perlu diberikan batas jangka waktu yang lebih luas⁵².

Isi dari statement of defence antara lain dapat berupa⁵³:

- a. Memuat tanggapan atas kompetensi (eksepsi)
- b. Memuat tanggapan atas pokok sengketa (tenprinpale)
- c. Dapat memuat gugat reconpensi
- d. Memuat proposal tentang penunjukkan calon arbiter

Tahap proses selanjutnya setelah penerimaan statement of claim dan statement of defence ialah pembentukan Mahkamah Arbitrase. Mengenai tempat arbitrase memeriksa sengketa, merupakan salah satu aturan yang ditentukan dalam berbagai rules. Dalam Pasal 16 UNCITRAL Arbitration Rules, tempat kedudukan Mahkamah Arbitrase dapat ditentukan berdasarkan;

- a. Tempat kedudukan berdasar persetujuan.
- b. Tempat kedudukan ditentukan Mahkamah Arbitrase.
- c. Mahkamah Arbitrase dapat menentukan kedudukan local.
- d. Dapat mengadakan pertemuan pada setiap tempat.
- e. Putusan dijatuhkan di tempat kedudukan arbitrase.

Sementara itu, untuk penggunaan bahasa yang digunakan dalam proses pemeriksaan dapat berupa⁵⁴:

⁵² Ibid

⁵³ M. Yahya Harahap, Op.Cit, Hal 140 - 141

⁵⁴ Pasal 17 UNCITRAL Arbitration Rules

- a. Bahasa yang dipergunakan berdasar kesepakatan
- b. Bahasa resmi boleh satu atau beberapa bahasa
- c. Penentuan bahasa segera setelah pembentukan mahkamah
- d. Dbolehkan mempergunakan bahasa asli

Asas proses pemeriksaan sidang arbitrase adalah tertutup. Mulai dari pemeriksaan statement of claim, statement of defence, dokumen, saksi dan ahli maupun oral hearing dengan para pihak. Begitu juga pemeriksaan setempat, semua dilakukan dengan pintu tertutup. Akan tetapi, walau asas pemeriksaan dilakukan dengan pintu tertutup, tetapi tidak bersifat mutlak secara permanen. Asas itu dapat dikesampingkan atas persetujuan atau izin para pihak⁵⁵.

Walaupun secara analogis dbolehkan pemeriksaan terbuka untuk umum asal atas persetujuan kedua belah pihak, prinsip pemeriksaan dengan pintu tertutup, tampaknya bersifat imperative. Prinsip tersebut tidak boleh dilanggar, akibatnya bisa fatal. Berakibat pemeriksaan dan putusan batal demi hukum atau *null and void*, sehingga sengketa harus diperiksa ulang kembali dengan pintu tertutup. Hal ini sangat merugikan kepentingan para pihak. Nama baik mereka sudah sempat tercemar, proses pemeriksaan pun harus diulang kembali sejak dari semula. Cuma akibat yang seperti itu barangkali dapat diatasi dengan meminta persetujuan dari kedua belah pihak. Atau sekiranya pemeriksaan dilakukan terbuka untuk umum, namun para pihak diam, tidak mengajukan keberatan, hal itu dapat ditafsir sebagai persetujuan secara diam – diam. Namun jika salah satu pihak saja mengajukan keberatan, tetap mengakibatkan pemeriksaan dan putusan batal demi hukum⁵⁶.

-
- (1) Subject to an agreement by the parties, the arbitral tribunal shall, promptly after its appointment, determine the language or languages to be used in the proceedings. This determination shall apply to the statement of claim, the statement of defence, and any further written statements and, if oral hearings take place, to the language or languages to be used in such hearings.
 - (2) The arbitral tribunal may order that any documents annexed to the statement of claim or statement of defence, and any supplementary documents or exhibits submitted in the course of the proceedings, delivered in their original language, shall be accompanied by a translation into the language or languages agreed upon by the parties or determined by the arbitral tribunal.

⁵⁵ Pasal 32 ayat (5) UNCITRAL Arbitration Rules

The award may be made public only with the consent of both parties

⁵⁶ M. Yahya Harahap, Op.Cit, Hal 158

Sistem pengambilan putusan diatur dalam pasal 31 UNCITRAL Arbitration Rules. Dalam Pasal 31 ayat (1), dijelaskan... *When there are three arbitrators, any award or decision of the arbitral tribunal shall be made by a majority of the arbitrators....* Dalam ketentuan ini, pada prinsipnya dianut sistem “mayoritas” sebagai patokan prioritas utama dalam mengambil putusan, dengan catatan Mahkamah Arbitrase terdiri dari tiga orang.

Apabila anggota arbiter tidak berhasil memperoleh suara mayoritas, ketua majelis arbiter dapat memutus sendiri atas nama Mahkamah Arbitrase. Sistem pengambilan putusan yang seperti inilah yang dimaksud dengan umpire. Penerapan sistem umpire merupakan alternatif dari sistem mayoritas. Dari pasal 32 ayat (2), kebolehan menerapkan sistem umpire dalam mengambil putusan:

- a. Disebabkan tidak tercapai suara mayoritas (*when there is no majority*)
- b. Perjanjian arbitrase telah member kekuasaan kepada Mahkamah untuk memutus berdasar sistem umpire (*or when the arbitral tribunal to authorizes*)

Ketentuan tentang syarat – syarat formal putusan diatur dalam Pasal 32 UNCITRAL Arbitration Rules. Pembuatan putusan harus dibuat dalam bentuk tertulis⁵⁷. Putusan secara lisan tidak sah, dan tidak mengikat. Hanya putusan yang berbentuk tertulis yang memiliki kekuatan final dan binding kepada para pihak. Pasal 34 ayat (4) menegaskan, putusan harus ditandatangani oleh para anggota arbiter (*The award shall be signed by the arbitrators*). Penandatanganan harus dilakukan oleh semua anggota arbiter. Akan tetapi, pasal 34 ayat (4) member kemungkinan untuk melakukan penyimpangan. Pasal itu mengatakan,... *Where there are three arbitrators and one of them fail to sign, the award shall state the reason for the absence of the signature....* Jadi, kalau anggota arbiter terdiri dari tiga orang, dan salah seorang dari mereka tidak menandatangani, hal itu harus dicatat dalam putusan. Dalam catatan dijelaskan alasan kenapa tidak ikut menandatangani. Syarat formal yang lain, mencantumkan tanggal dan tempat putusan diambil. Tempat putusan diambil, harus dilakukan di tempat kedudukan utama arbitrase. Ketentuan Pasal 16 ayat (4) UNCITRAL menegaskan...*The award shall be made at the place of arbitration...* kelalaian menyebut tanggal dan

⁵⁷ Pasal 32 ayat 2, The award shall be made in writing

tempat putusan diambil, dapat dijadikan alasan penolakan pengakuan dan eksekusi putusan.

Syarat materiil putusan yang diatur dalam Pasal 32 ayat (3) UNCITRAL Arbitration Rules adalah sebagai berikut:

“The Arbitral tribunal shall state the reasons upon which the award is based, unless the parties have agreed that no reasons to be given”

Apa yang menjadi syarat materiil dalam pasal tersebut, hanya pertimbangan yang dilandasi dengan alasan – alasan. Dengan kata lain, syarat materiil pokok ialah “pertimbangan yang cukup”. Setiap putusan pengadilan harus cukup dipertimbangkan maksudnya, di samping pertimbangan harus berdasar alasan – alasan yang cukup, pertimbangan putusan mesti seksama dan cermat secara menyeluruh menilai semua fakta –fakta yang ditemukan selama proses pemeriksaan berlangsung.

Putusan arbitrase harus berdasar *rule of law*. Hal ini diatur dalam Pasal 33 ayat (1) UNCITRAL Arbitration Rules. Hukum yang diterapkan dalam putusan ialah hukum materiil yang ditunjuk dan disepakati para pihak yang erat kaitannya dengan substansi jenis bidang yang disengketakan. Dengan demikian Mahkamah Arbitrase harus meneliti terlebih dahulu apakah para pihak ada menunjuk hukum materiil yang disepakati para pihak dalam perjanjian. Apabila para pihak tidak menunjuk hukum materiil yang mereka sepakati barulah diperbolehkan menerapkan hukum lain. Dalam hal ini, hukum materiil yang harus diterapkan ialah hukum yang mengatur jenis persengketaan⁵⁸.

Putusan dapat didasarkan atas *Ex-Aequo Bono*. Pasal 33 ayat (2) menegaskan;

“....The Arbitral tribunal shall decide as amiable compositeur or ex aequo et bono only if the parties have expressly authorized the arbitral tribunal to do so and if the law applicable to the arbitral procedure permits such arbitration...”

Memperhatikan ketentuan diatas, kebolehan mahkamah Arbitrase memutus sengketa berdasar *ex aequo et bono* atau *compositeur*, hanya apabila hal itu ditegaskan dengan jelas dalam perjanjian oleh para pihak.

⁵⁸ Pasal 33 ayat (1) UNCITRAL Arbitration rules
 “.....Failing such designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable....”

Selain itu, Mahkamah Arbitrase dilarang mempublikasikan putusan. Akan tetapi larangan itu hilang apabila kedua belah pihak yang bersengketa, memberi persetujuan untuk mempublikasikan. Syarat persetujuan, harus dari kedua belah pihak⁵⁹.

Putusan arbitrase bersifat final and binding⁶⁰. Para pihak langsung wajib melaksanakan putusan tanpa ditunda-tunda. Tidak ada alasan yang dapat dipergunakan untuk menunda-nunda penataan dan pemenuhan putusan. Tidak ada banding, kasasi maupun peninjauan kembali. Melekatnya sifat final dan binding dalam putusan arbitrase, terhitung sejak salinan putusan disampaikan Mahkamah Arbitrase kepada para pihak. Sejak salinan putusan diterima para pihak, putusan langsung final dan mengikat kepada mereka. Sejak tanggal penerimaan salinan, para pihak langsung memikul beban kewajiban untuk memenuhi pelaksanaan isi putusan. Mereka tidak boleh menunda dengan alasan apapun. Jika tidak mau memenuhi pelaksanaan secara sukarela, pemenuhan dapat dipaksa melalui eksekusi oleh pengadilan dengan jalan mengajukan permohonan untuk itu sesuai dengan ketentuan eksekusi yang berlaku terhadap putusan pengadilan.

⁵⁹ Pasal 33 ayat (1) UNCITRAL Arbitration rules
Only with the consent of both parties

⁶⁰ Pasal 32 ayat (2) UNCITRAL Arbitration rules "The Award shall be made in writing and shall be final and binding on the parties. The parties undertake to carry out the award without delay."

BAB III

Penyelesaian Sengketa antara Partner Lokal dan Partner Asing

3.1 Penyelesaian sengketa melalui badan arbitrase

3.1.1 Arbitrase Dalam Negeri (Ahju Forestry Company Limited v. Sutomo /Direktur Utama PT. Balapan Jaya)

Ahju Forestry Company Limited v. Sutomo /Direktur Utama PT. Balapan Jaya, No: 2924 K/Sip/1981. Pada tanggal 7 November 1977 Ahju Forestry Company Limited (penggugat), memperoleh Hak Pengusahaan Hutan (HPH) untuk jangka waktu 20 tahun atas areal hutan seluas 115.000 Ha di wilayah Propinsi Kalimantan Barat. Untuk melaksanakan HPH tersebut Penggugat dan Tergugat telah mendirikan Perseroan Terbatas Penanaman Modal Asing yang bernama PT. Ahju Balapan Timber. Kemudian timbul perselisihan antara Penggugat dan Tergugat mengenai pendayagunaan hutan. Menurut Penggugat, Choi Myeong Hoeng sebagai Presiden Direktur dari PT. Ahju Balapan Timber telah menunjukkan sikap yang bertentangan dengan kebijaksanaan Pemerintah sehingga menimbulkan kerugian bagi Penggugat. Atas dasar alasan tersebut kemudian Penggugat telah mengajukan gugatan ke Pengadilan Negeri Jakarta Utara. Penggugat dalam gugatan provisi mohon kepada Pengadilan agar manajemen dari PT. Ahju Balapan Timber untuk seluruhnya ditangani /dipegang oleh Penggugat untuk waktu yang tidak ditentukan sampai ada penyelesaian perkara. Penggugat asli memohon pula kepada pengadilan agar mencairkan dana PT. Ahju Balapan Timber yang dibekukan Bank Dagang Negara Jakarta dan mengalihkan saham Tergugat kepada Penggugat.

Terhadap gugatan tersebut, Tergugat mengajukan eksepsi yang pada intinya adalah bahwa Choi Myeong Hoeng bukan lagi sebagai Presiden Direktur dari Ahju Forestry Company Co. Ltd. Kemudian, Sesuai Basic Agreement for Joint Venture tertanggal 20 Maret 1974 pasal 15, menyebutkan bahwa setiap dan segala perbedaan maupun perselisihan yang timbul dari perjanjian ini akan diselesaikan melalui arbitrase, yang dijalankan oleh 2 arbitrator dan kedua arbitrator secara bersama-sama akan mengangkat seorang umpire. Jika kedua arbitrator gagal mengangkat umpire yang dimaksud, maka Ketua dari

UNIVERSITAS INDONESIA

Internasional Chamber of Commerce di Paris akan mengangkat umpire untuk maksud tersebut.

Kedua belah pihak telah melakukan perundingan untuk mengubah *Basic Agreement*, tetapi ternyata gagal mencapai kesepakatan karena pihak Indonesia meminta partisipasi nyata dalam menjalankan perusahaan sehari – hari yang menyangkut juga masalah personalia dan keuangan. Umpamanya, pihak Indonesia menginginkan kekuasaan untuk dapat ikut serta menandatangani dokumen – dokumen keuangan termasuk pengeluaran check.

Pengadilan Negeri Jakarta Utara melalui putusannya No. 113/1980 menolak eksepsi Tergugat. Pengadilan menolak eksepsi Tergugat dengan alasan Penggugat mengajukan perkara ke Pengadilan dalam rangka mencari dan mewujudkan kebenaran. Hakim mengatakan akankah Tergugat meragukan Pengadilan Indonesia.... Cara penyelesaian melalui perdamaian oleh Pengadilan tidak berbeda makna dan tugasnya dengan apa yang disebut arbitrase itu, bahkan tidak berlebihan dikemukakan bukankah peradilan dilakukan dengan putusan yang diucapkan “DEMI KEADILAN BERDASARKAN KETUHANAN YANG MAHA ESA”. Pengadilan kemudian mengabulkan sebagian gugatan Penggugat, yaitu yang menyangkut pengurusan perusahaan diserahkan kepada Penggugat. Gugatan selebihnya ditolak. Pengadilan Tinggi Jakarta dengan keputusannya tanggal 7 Mei 1981 No. 57/1981/PT. Perdata menguatkan keputusan Pengadilan Negeri tersebut.

Namun dalam tingkat kasasi Mahkamah Agung dalam keputusannya tanggal 7 Mei 1981 membatalkan putusan Pengadilan Tinggi Jakarta Utara dengan menyatakan bahwa Pengadilan Negeri Jakarta Utara tidak berwenang mengadili perkara ini. Dalam pertimbangannya mahkamah Agung menyatakan bahwa ketentuan mengenai Dewan Arbitrase dalam pasal 15 *Basic Agreement for Joint Venture* telah mengikat para pihak sebagai undang – undang pasal 1338 KUHPerdata). Oleh karena itu keputusan *judeks factie* telah bertentangan dengan pasal 615 dan seterusnya dari Kitab Undang – Undang Hukum Acara Perdata (Rv) dan dengan demikian telah melanggar ketentuan tentang kompetensi absolut.

Karena adanya klausula arbitrase yang telah disetujui kedua belah pihak dan karenanya mengikat mereka sebagai undang-undang (pasal 1338 BW), maka

UNIVERSITAS INDONESIA

sudah teranglah sengketa ini tidak dapat diperiksa oleh Pengadilan tetapi harus diselesaikan oleh Dewan Arbitrase yang telah dimufakati dalam perjanjian para pihak itu.

3.1.2 Arbitrase luar negeri

Contoh kasus arbitrase yang diselesaikan melalui arbitrase luar negeri adalah Karaha Bodas company v. Pertamina dan PLN. Karaha Bodas Company (KBC) merupakan Perseroan Terbatas yang dibentuk pada Tanggal 9 November 1994⁶¹ yang didirikan dan bergerak berdasarkan hukum kepulauan Cayman yang diberikan kuasa berdasarkan kontrak untuk mengembangkan Proyek Geothermal Karaha Bodas (Sumber Panas Bumi) berkapasitas 400 (empat ratus) MW berlokasi di Karaha, Garut, Jawa Barat, Indonesia. Selain di Karaha proyek ini juga melingkupi di wilayah Telaga Bodas. KBC diwajibkan untuk mengembangkan Proyek tersebut yaitu menghasilkan dan menjual tenaga listrik kepada PLN atas nama Pertamina.

Pertamina adalah suatu perusahaan minyak dan gas bumi yang didirikan berdasarkan Undang-undang Nomor 8 Tahun 1971 dan dimiliki oleh Pemerintah Republik Indonesia. Pertamina dipercayakan, antara lain untuk melaksanakan eksplorasi dan eksploitasi sumber geotermal (sumber tenaga panas bumi) dan pembangkit tenaga listrik di Indonesia.

Selain KBC dan Pertamina, pihak yang terkait adalah PT. PLN (persero) yaitu sebuah perusahaan yang didirikan dan bergerak berdasarkan hukum Indonesia.

Pada tanggal 28 November 1994 kerjasama Pertamina dan KBC dituangkan dan telah disepakati 2 (dua) buah kontrak sebagai bagian dari proyek Karaha yang bertujuan untuk menyediakan sumber energi bersih sebanyak yang diperlukan dan berkelanjutan bagi rakyat Indonesia melalui tenaga panas bumi. Kontrak tersebut diantaranya:

⁶¹ Kedudukan KBC di Indonesia terletak di Gedung Plaza Aminta Suite Jalan TB. Simatupang, Kav. 10 Jakarta 12310, Indonesia. KBC didirikan oleh PT. Sumarah Dya Sakti bersama dengan Java Geothermal yang terdiri atas Caithness Energy LLC. Dan FPL Energy LLC. Anak perusahaan dari FPL Group, Inc. yang berkedudukan di kepulauan Cayman AS. Caithness Energy LLC. Dan FPL Energy LLC. Adalah pemilik mayoritas dari KBC yang menjadi pengembang dan operator teknologi pembangkit tenaga listrik terkemuka. Perusahaan-perusahaan tersebut mengoperasikan fasilitas-fasilitas pembangkit listrik tenaga panas bumi, angin, sinar matahari di seluruh Amerika Serikat. Lihat <http://www.fplenergy.com/about/fpl/ondex.htm>, tanggal 25 Juni 2010

- a. Kontrak Operasi Bersama (*Joint Operation Contract*) atau JOC
- b. Kontrak Penjualan Energi (*Energy Sales Contract*) atau ESC

JOC adalah kontrak yang ditanda tangani antara Pertamina dan KBC. Di dalam JOC telah ditetapkan bahwa Pertamina bertanggung jawab untuk mengelola pengoperasian geothermal di dalam proyek tersebut dan KBC berperan sebagai kontraktor. Oleh karena itu, KBC diwajibkan untuk mengembangkan energi geothermal di daerah proyek dan membangun, memiliki dan mengoperasikan pembangkit tenaga listrik.

ESC adalah kontrak yang ditanda tangani antara Pertamina, KBC dan PT.PLN yang ditanda tangani pada tanggal yang sama. ESC mengatur bahwa PLN setuju untuk membeli dari Pertamina, tenaga listrik yang diproduksi oleh dan dipasok dari atau disediakan oleh pembangkit tenaga listrik yang dibangun oleh KBC. Sebagai kontraktor bagi Pertamina berdasarkan JOC, KBC atas nama Pertamina dan berdasarkan ESC, berhak untuk memasok dan menjual kepada PLN, tenaga listrik berkapasitas sampai 400 (empat ratus) MW dari proyek Karaha.

Pada awal pelaksanaan proyek KBC telah menginvestasikan sekitar US\$ 100 juta untuk mengidentifikasi dan meneliti cadangan sumber panas bumi yang berkapasitas lebih dari (empat ratus) 400 MW, membangun infrastruktur dan fasilitas umum di daerah sekeliling proyek, serta untuk melaksanakan persiapan lainnya, termasuk pembangunan rumah untuk para pekerja dan penduduk.

Setelah penandatanganan kontrak dan proyek sedang berlangsung, pada tanggal 20 September 1997 dikeluarkan Keputusan Presiden No. 39 Tahun 1997 yang menekankan bahwa:

“untuk memelihara kelangsungan ekonomi dan secara umum kemajuan ekonomi nasional, perlu dilakukan langkah penanggulangan fluktuasi keuangan dan akibat yang ditimbulkan”. Selanjutnya, ditekankan, *“dalam rangka penanggulangan masalah tersebut perlu diambil langkah penundaan atau peninjauan kembali sejumlah proyek Pemerintah, Proyek Perusahaan Negara dan Proyek Pribadi yang sehubungan dengan Pemerintahan dan Perusahaan Negara”*.

UNIVERSITAS INDONESIA

Dalam Keppres ini jelas diatur bahwa Proyek Karaha dibatalkan bersamaan dengan pembatalan sejumlah 75 (tujuh puluh lima) proyek infrastruktur yang berhubungan dengan Pemerintah. Akan tetapi para pihak, pada saat itu tidak menganggap bahwa penangguhan proyek Karaha akan berlangsung lama. Bahkan di dalam pertemuan komite bersama pada tanggal 14 Oktober 1997, Pertamina dan PLN menyatakan keyakinan mereka bahwa status Proyek akan dipulihkan dan ditekankan bahwa KBC seharusnya melanjutkan proyek tersebut.

Keyakinan Pertamina dan PLN terjawab dengan dikeluarkannya Keputusan Presiden No. 47 Tahun 1997 yang dikeluarkan pada Tanggal 1 November 1997 yang berisi perintah agar beberapa proyek yang tertunda termasuk Proyek Karaha dilanjutkan. Sehubungan dengan hal tersebut, maka KBC melanjutkan kembali aktivitas eksplorasi dan pengembangan.

Pada Tanggal 16 Desember 1997, KBC menyerahkan NoRC baru kepada Pertamina yang menunjukkannya kemungkinan adanya kapasitas sebesar 210 MW sumber daya alam di daerah Karaha dan Telaga Bodas dengan penyediaan di Karaha sebesar 240 MW sumber tenaga Geothermal siap dikelola.

Proses ini tidak berjalan lama karena pada Tanggal 10 Januari 1998 Pemerintah Republik Indonesia mengeluarkan Keputusan Presiden No. 5 Tahun 1998⁶² yang membatalkan Keputusan Presiden No. 47 Tahun 1997 dan sekaligus mengkonfirmasi kembali mengenai penundaan Proyek Karaha.

⁶² Dalam pertimbangan Keppres ini adalah sebagai berikut:

- a. bahwa dalam upaya mengatasi gejala moneter yang terjadi di Indonesia, dipandang perlu mengambil langkah-langkah kebijakan penghematan pengeluaran di semua bidang;
- b. bahwa setelah diadakan pengkajian ulang, secara lebih seksama, terhadap keputusan untuk melanjutkan pelaksanaan beberapa proyek pemerintah, badan Usaha Milik Negara dan swasta yang berkaitan dengan Pemerintah/ Badan Usaha Milik Negara yang sebelumnya berdasarkan Keppres No. 47 Tahun 1997 telah dinyatakan dapat diteruskan, ternyata membutuhkan dana yang sangat besar dan semakin mempersulit upaya penanggulangan gejala.

Dalam Keppres ini, 75 proyek tersebut dibagi menjadi dua status yakni pertama, 8 proyek berstatus dikaji kembali (proyek Jalan TOL Semarang seksi C, Proyek Jalan Tol Ujung Pandang, Proyek Jalan Tol Pondok Aren-Serpong, Proyek Menara Jamsostek, Proyek PLTP Patuha Unit I, Proyek PLTP Asahan I, Proyek PLTP Tanjung jati "A" dan Proyek PLTP Tanjung jati "C"; kedua, 7 proyek bersatus ditangguhkan/ dibatalkan (Proyek Jalan Tol Aloha Waru- Tanjung Perak, Proyek PLTP Karaha, proyek PLTP Sarulla, Proyek PLTP Darajat Unit I dan II, Proyek PLTGU Palembang Timur, Proyek Pembangunan dan Pengelolaan Bandar udara Baru pengganti Bandar Udara Polonia dan Proyek *Improvement of Meterological and Geophysical Equipment*)

Dalam bulan Januari 1998 ini, KBC dan Pertamina memutuskan untuk secara bersama-sama melakukan usaha dalam rangka menyakinkan Pemerintah Indonesia agar membebaskan Proyek dari Keputusan Presiden No. 5 Tahun 1998. Atas permohonan Pertamina, KBC mengirim surat pada Tanggal 23 Januari 1998 yang berisi argumentasi yang mendukung pembatalan keputusan penangguhan proyek tersebut. Pertamina menyampaikan kepada Kepala Badan Perencanaan Pembangunan pada Tanggal 11 Februari 1998, untuk meminta Pemerintah mengadakan pertimbangan kembali demi kelanjutan proyek “*dalam waktu dekat*”.

Sementara itu, pada Tanggal 10 Februari 1998, KBC telah mengirim pemberitahuan kepada Pertamina dan PLN bahwa pemberlakuan Keputusan Presiden No. 5 Tahun 1998 dan Nomor 39 Tahun 1997 adalah sehubungan dengan keadaan kahar atau *Force Majeur* di bawah kontrak JOC dan ESC. KBC menyarankan agar diadakan segera mungkin pertemuan dengan para wakil Pertamina dan PLN dan KBC memiliki hak untuk menyampaikan klaim. Akan tetapi pertemuan tiga pihak tersebut tidak pernah diadakan.

Seperti yang telah disebutkan di atas, bahwa penangguhan proyek Karaha akhirnya berdampak pada dilaksanakannya kontrak sebagaimana yang diperjanjikan dalam JOC dan mengakibatkan kerugian bagi pihak KBC selain itu, Pertamina juga gagal untuk ikut menanggung risiko yang menjadi kewajiban mereka dalam kontrak.

Akhirnya karena beberapa pertimbangan dan KBC merasa dirugikan maka KBC memulai proses hukum sesuai dengan ketentuan yang merupakan kesepakatan para pihak yang tertuang dalam kontrak untuk melakukan arbitrase sebagai metode penyelesaian sengketa.

Seperti yang telah dituangkan dalam JOC, apabila terjadi sengketa diantara mereka maka kedua belah pihak akan menunjuk lembaga arbitrase dalam menyelesaikannya. Dalam kontrak tersebut lembaga Arbitrase Internasional yang ditunjuk adalah lembaga arbitrase yang berkedudukan di Swiss⁶³. Sedangkan

⁶³ Pasal 13 ayat 2 JOC menyatakan antara lain, “...*the site of the arbitration shall be in Geneva, Switzerland...*” Lihat Hikmahanto Juwana, *Pembatalan Putusan arbitrase Internasional oleh pengadilan Nasional*, Jurnal Hukum Bisnis, volume 21 Oktober-November 2002

pilihan hukum materiil yang akan dipakai dan dituangkan dalam kontraknya adalah hukum Indonesia⁶⁴ dan surat pemberitahuan arbitrase (*notice of arbitration*) ini disampaikan kepada Pertamina pada tanggal 30 April 1998. Pemberitahuan arbitrase ini tidak hanya ditujukan kepada Pertamina dan PLN tetapi juga kepada Pemerintah Indonesia.

Pada tanggal 18 Desember 2000, setelah melalui proses yang panjang Majelis Arbitrase mengeluarkan *Final Award* terhadap hal-hal tersebut diatas, diantaranya:

1. Pertamina dan PLN telah melanggar perjanjian ESC dan Pertamina telah melanggar kontrak JOC.⁶⁵
2. Pertamina dan PLN secara bersama-sama dan masing-masing dijatuhi hukuman dalam bentuk pembayaran ganti rugi sebesar US\$ 111.100.000 (seratur sebelas juta seratus ribu dolar Amerika Serikat) untuk biaya-biaya yang diderita kepada KBC, termasuk

⁶⁴ Sudargo Gautama, *Arbitrase luar Negeri dan Pemakaian hukum Indonesia*, (Bandung: Citra Aditya bakti, 2004) hlm. 2, 65. Menurut pandangan Van Den Berg maka dalam perjanjian arbitrase yang dibuat oleh para pihak jelaslah para pihak dalam perkara ini telah menghendaki hukum acara Indonesia yang dipakai. Dalam hubungan ini maka ditunjuk pada Pasal 13 JOC dan Pasal 8 ESC. Pasal 13 ayat 2 (a) JOC menentukan bahwa para pihak secara tegas menyetujui untuk mengesampingkan pemakaian dari:

- a. Pasal 502 dari pada Indonesian Civil Court Procedure (RV. Reglement of de Rechtvordering), hingga pengangkatan arbiter tidak berhenti setelah 6 (enam) bulan setelah tanggal pengangkatan mereka, dan
- b. kalimat kedua dari Pasal 602.1 Hukum Acara Perdata Indonesia (RV tersebut), hingga arbitrase ini tidak harus diselesaikan dalam suatu jangka waktu tertentu. Demikian pula Energy Sales Contract (ESC) telah mempunyai ketentuan yang serupa yaitu dalam Pasal 8 ayat 2 (a)

⁶⁵ Dalam membahas masalah ini sampai akhirnya diputuskan pertimbangan majelis arbitrase adalah bahwa para pihak telah maklum dan menyadari bahwa Keputusan Presiden untuk menunda Proyek Karaha adalah *Government Related Events*, sebagaimana yang didefinisikan di dalam ESC dan JOC. Pasal 15.2 (e) JOC menyatakan "kejadian-kejadian yang disebabkan oleh keadaan kahar mencakupi, tetapi tidak terbatas pada:...(e) setiap tindakan yang berhubungan dengan Pemerintah yang berhubungan dengan Kontraktor saja" dan hal ini juga seperti yang dintakan dalam Pasal 9.2 (e) ESC kata kontraktor diganti oleh *Company* dan hal ini mengacu pada KBC. Oleh karena itu, berdasarkan kontrak tersebut maka Keputusan Presiden tersebut adalah keadaan kahar bagi KBC dan bukan bagi Pertamina dan PLN. Konsekuensi hukum yang timbul adalah KBC dapat menggunakan Keputusan Presiden ini sebagai keadaan kahar untuk tidak melaksanakan kewajibannya, dan hal ini tidak berlaku bagi Pertamina dan PLN untuk melakukan hal yang sama, yaitu melepaskan diri dari tanggung jawabnya. Oleh karena itu, dengan Pertamina dan PLN tidak melaksanakan kewajibannya telah menghindar dari pengertian atau ketentuan yang telah diatur dalam Pasal 15.2 JOC dan Pasal 9.2 ESC bahwa *Government Related Events* bukanlah keadaan kahar bagi Pertamina dan PLN. Maka dengan begitu Pertamina dan OLN tidak dapat menggunakan alasan tersebut sebagai alasan yang sah untuk tidak melaksanakan kewajibannya dibawah ESC dan JOC, dan hak tersebut merupakan pelanggaran kontrak sehubungan dengan tanggung jawab mereka, kecuali mereka dapat menunjukkan keadaan yang dapat membebaskan mereka dari tuduhan melanggar kontrak tersebut.

bunga sebesar 4% (empat persen) per Tahun terhitung tanggal 1 Januari 2001 sampai lunas.⁶⁶

3. Pertamina dan PLN secara bersama-sama dan masing-masing dijatuhi hukuman pembayaran ganti rugi sebesar US\$ 150.000.000 (seratus lima puluh juta dolar Amerika Serikat) untuk laba yang seharusnya dipeoleh KBC termasuk bunga sebesar 4% (empat persen) per Tahun, terhitung tanggal 1 Januari 2001 sampai lunas.⁶⁷
4. Pertamina dan PLN secara bersama-sama dan masing-masing dijatuhi hukuman pembayaran ganti rugi sebesar US\$ 66.654.92. (enam puluh enam ribu enam ratus lima puluh empat dan sembilan

⁶⁶ Ganti rugi ini dikenal dengan kerugian biaya atau *Damnum Emergens* dan mengenai hal ini dikenal dalam hukum Indonesia dan sistem hukum lainnya. Hal ini berkaitan dengan biaya yang telah dikeluarkan oleh KBC dalam melakukan aktivitas eksplorasi terhadap proyek tersebut. Sebagaimana yang tertuang dalam Pasal 1.1 JOC bahwa KBC berkewajiban untuk mengatur keuangan pembiayaan “berbagai aspek dalam rangka “Pengoperasian Geothermal”, yang didefinisikan sebagai seluruh aktivitas apapun dalam bentuk eksplorasi, penemuan, pembangunan dan produktivitas,..., pembangunan fasilitas lapangan dan Pembangkit tenaga listrik” dan juga “pemasokan dan penjualan energi geothermal (panas bumi) dan listrik yang kemudian dihasilkan. Selain itu, mengenai *damnum emergens* diatur dalam Buku III KUH Perdata tepatnya pada Pasal 1243-1252 tentang penggantian biaya, rugi dan bunga karena tidak dipenuhinya suatu perikatan. Dan hal ini hanya dapat dimintakan oleh pihak yang melanggar kontrak. Hukum Indonesia adalah hukum yang dipilih oleh para pihak dalam kontraknya oleh karena itu, majelis berpendapat bahwa pelaksanaannya harus konsisten sesuai dengan jiwa kontrak dan hal-hal yang mendasari keinginan para pihak. Pengadilan arbitrase juga berpendapat bahwa KBC harus mendapatkan ganti rugi *Damnum Emergens* bersama-sama dengan ganti rugi atas ongkos pengeluaran dalam rangka pelaksanaan kedua kontrak yang disusun bersama Pertamina dan PLN melalui pemerolehan kembali modal yang telah ditanam dalam rangka penyelenggaraan aktivitas yang tercantum dalam JOC bersama dengan Pertamina dengan pertimbangan akan ada keuntungan yang akan dihasilkan di masa mendatang sebagaimana tercantum di dalam ESC bersama-sama dengan PLN. KBC dalam pengajuan bukti-buktinya melampirkan bentuk laporan audit (*audited account*) yang membuktikan biaya yang telah dikeluarkan KBC untuk melakukan eksplorasi dan pembangunan dan totalnya mencapai US\$ 111.100.000 yang disertai dengan tingkat suku bunga per Tahun sebesar 5,8%.

⁶⁷ Ganti rugi ini yang disebut dengan kehilangan laba atau dikenal dengan *Lucrum Cessans*. Hal ini juga dikenal dalam hukum Indonesia, tepatnya dalam Pasal 1246 KUH Perdata, yaitu biaya, rugi dan bunga yang telah dideritanya dan untung yang sedianya harus dapat dinikmatinya dengan tak mengurangi pengecualian serta perubahan-perubahan yang akan disebut.. perhitungan jumlah keuntungan KBC yang dilakukan oleh Prof. R. Ruback dari Harvard Business School berdasarkan atas “proyeksi pada saat ini” (*contemporaneous projection*) sebelum proyek dibatalkan. Meskipun Pertamina dan PLN mengklaim bahwa proyek Karaha Bodas hanya akan memproduksi listrik sebanyak 110 MW dan tanpa alasan kuat menyatakan bahwa KBC tidak akan mampu membiayai produksi listrik lebih dari itu, terhadap hal ini Majelis Arbitrase memutuskan “tidak ada keraguan ...bahwa pihak KBC berhak atas keuntungan sesuai dengan bagiannya disamping pengembalian biaya yang telah dikeluarkan” . Majelis arbitrase juga mempertimbangkan beberapa dokumen yang membuktikan niat dari KBC untuk mengolah dan membangkitkan 210 MW listrik tenaga panas bumi. Dan hal ini pula menyakinkan majelis arbitrase untuk menetapkan bahwa kehilangan keuntungan KBC ini berjumlah US\$ 150.000.000.

puluh dua sen dolar Amerika Serikat) kepada KBC untuk biaya dan ongkos yang dikeluarkan sehubungan dengan fase kedua dan terakhir dari arbitrase ini, termasuk bunga 4% (empat persen) per Tahun terhitung tanggal 1 Januari 2001 sampai lunas⁶⁸.

5. Masing-masing pihak harus menanggung ongkos pembiayaan penasihat hukum dan para asisten mereka⁶⁹
6. Tuntutan lainnya dari para pihak dinyatakan dibantah atau dihapuskan.

Berdasarkan keputusan pengadilan arbitrase tersebut maka total kerugian atau kompensasi yang harus dibayar Pertamina kepada KBC berjumlah US\$ 261.166.654,92 (dua ratus enam puluh satu juta seratus enam puluh enam ribu enam ratus lima puluh empat sen sembilan puluh dua dolar Amerika Serikat) yang terdiri atas kerugian biaya, kehilangan keuntungan dan bunga.

Kasus Pertamina dan Karaha Bodas merupakan salah satu contoh kasus yang putusannya sangat bertentangan dengan asas ketertiban umum untuk diakui dan dilaksanakan di wilayah Indonesia dilihat dari berbagai aspek. Pertamina mengajukan pembatalan kepada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat melalui Nomor Perkara No. 86/PDT.G/2002/PN.JKT.PST berdasarkan permohonan pelaksanaan putusan arbitrase asing oleh pihak Karaha Bodas Company. Sebelum membahas mengenai bentuk pelanggaran terhadap asas ketertiban umum dalam kasus ini, hendaknya secara singkat akan dibahas terlebih dahulu apakah proses permohonan pelaksanaan putusan tersebut telah sesuai dengan peraturan yang berlaku di

⁶⁸ Berdasarkan Pasal 40 ayat (1) UNCITRAL Arbitration Rules, biaya arbitrase pada dasarnya ditanggung oleh pihak yang kalah dalam persidangan. Akan tetapi, pengadilan arbitrase akan membuat seimbang penanggung setiap ongkos diantara para pihak apabila penyamarataan tersebut masuk akal, dengan mempertimbangkan kasus tersebut". Dalam hal ini, Pertamina dan PLN mengalami kekalahan akan tetapi tuntutan ganti rugi KBC dalam jumlah yang cukup besar ditotal oleh Pengadilan Arbitrase. Dalam situasi ini, pengadilan arbitrase mempertimbangkan adalah layak bagi Pertamina dan PLN untuk menanggung 2/3 (dua pertiga) dari ongkos dan biaya arbitrase dan KBC membayar 1/3 (satu pertiga)

⁶⁹ Dalam Pasal 40 ayat (2) UNCITRAL Arbitration Rules memberikan kebebasan kepada Pengadilan Arbitrase untuk memberikan keputusan perihal ongkos penasihat hukum beserta asisten mereka, maka hal-hal tersebut dipertimbangkan oleh Pengadilan Arbitrase untuk menentukan pihak mana yang akan menanggung ongkos atau masing-masing pihak mendapat bagian yang harus dibayar apabila pembagian tersebut masuk akal. Maka pengadilan arbitrase menetapkan bahwa masing-masing pihak menanggung ongkos pembiayaan para penasihat hukum dan asisten mereka.

Indonesia dan apakah upaya hukum yang diambil Pertamina sudah tepat untuk mengajukan pembatalan terhadap putusan arbitrase asing tersebut.

Karaha Bodas Company dalam mengajukan permohonan pelaksanaan putusan arbitrase seharusnya tidak melalui Pengadilan Negeri Jakarta Pusat sebagaimana yang telah diatur dalam Pasal 67 UU No. 30 Tahun 1999 yang mengatur bahwa terhadap Permohonan Pelaksanaan Putusan Arbitrase Internasional dilakukan setelah putusan tersebut diserahkan dan didaftarkan oleh arbiter atau kuasanya kepada Panitera Pengadilan Negeri Jakarta Pusat. Permohonan tersebut seharusnya diajukan kepada Mahkamah Agung untuk dimintakan Exequatur, karena dalam kasus ini juga melibatkan Negara Indonesia melalui Badan Usaha Milik Negara yaitu Pertamina, seperti yang tercantum dalam pemberitahuan untuk arbitrase yang diajukan oleh KBC, dan hal ini telah diatur berdasarkan Peraturan Mahkamah Agung No. 1 Tahun 1990 Pasal 4 ayat 1 yang sampai saat ini masih berlaku.

Mengenai upaya hukum yang dilakukan oleh Pertamina untuk mengajukan pembatalan ke Pengadilan Negeri Jakarta Pusat tidak tepat. Karena Pengadilan Negeri tidak memiliki kewenangan untuk memeriksa sengketa yang telah diajukan ke lembaga arbitrase. Hal ini sebagaimana yang diatur dalam Pasal 3 Undang-undang arbitrase bahwa Pengadilan Negeri tidak berwenang untuk mengadili sengketa para pihak yang telah terikat dalam perjanjian arbitrase. Selain itu, juga hal ini diatur dalam Pasal 11 Undang-undang arbitrase bahwa perjanjian arbitrase diantara para pihak telah meniadakan hak para pihak untuk mengajukan penyelesaian sengketa atau beda pendapat yang termuat dalam perjanjiannya ke Pengadilan Negeri.

Upaya hukum pembatalan putusan ini seharusnya diajukan ke Pengadilan Swiss sebagai satu-satunya pengadilan yang berwenang untuk membatalkan putusan arbitrase Jenewa. Alasan Pertama, Pertamina dan KBC telah menentukan seat arbitrase dalam JOC di Jenewa, Swiss. Kedua karena putusan arbitrase Jenewa dibuat di wilayah Swiss. Sebenarnya Pertamina sudah pernah melakukan upaya ini, tetapi tidak dilanjutkan (*dismiss*) karena tidak dibayarnya uang deposit sebagaimana yang dipersyaratkan oleh *Swiss Federal Supreme Court* kepada Pertamina. Selanjutnya upaya hukum pembatalan putusan arbitrase ditempuh

UNIVERSITAS INDONESIA

melalui Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, dengan terlebih dahulu mendaftarkan putusan arbitrase Jenewa ke Pengadilan Negeri Jakarta Pusat. Pendaftaran putusan ini merupakan salah satu syarat yang harus dipenuhi bagi suatu putusan yang akan dimintakan pembatalan, sebagaimana yang tersirat dalam Pasal 71 Undang-undang arbitrase, yaitu:

“Permohonan pembatalan putusan arbitrase harus diajukan secara tertulis dalam waktu paling lama 30 (tiga puluh) hari terhitung sejak hari penyerahan atau pendaftaran putusan arbitrase kepada Panitia Pengadilan Negeri”.

Memang dalam praktiknya praktik penolakan dan pembatalan sering disamakan, sehingga tidak jarang dasar yang digunakan untuk melakukan kedua upaya hukum juga disamakan. Hal ini mengakibatkan kesimpangsiuran dalam membedakan antara penolakan dan pembatalan putusan arbitrase asing. Perbedaan diantara keduanya dapat dilihat dari berbagai segi⁷⁰. Pertama dari segi istilah, pembatalan dalam bahasa Inggris diistilahkan sebagai *annulment* atau *setting aside*, sementara penolakan dalam bahasa Inggris diistilahkan sebagai *refusal*.

Perbedaan kedua yaitu proses dan alasan pembatalan putusan arbitrase diatur dalam peraturan perundang-undangan suatu negara dan tidak diatur dalam perjanjian internasional. Sedangkan penolakan putusan arbitrase asing justru mempunyai atau diatur dalam suatu perjanjian internasional yang kemudian ditransformasikan dalam bentuk perundang-undangan nasional.

Perbedaan yang terakhir, yaitu berdasarkan konsekuensi hukumnya. Pembatalan putusan arbitrase berakibat pada dinafikannya (seolah tidak pernah dibuat) suatu putusan arbitrase. Terhadap putusan arbitrase yang dibatalkan, pengadilan dapat meminta para pihak untuk mengulang proses arbitrase (*re-arbitrate*). Hanya saja pembatalan putusan arbitrase tidak membawa konsekuensi pada pengadilan yang membatalkan untuk memiliki wewenang memeriksa dan memutus sengketa. Apabila hal ini dilakukan maka akan bertentangan dengan asas kebebasan berkontrak yang dimiliki oleh para pihak dalam penyelesaian sengketa mereka. Bahkan pengadilan dapat dianggap sebagai tidak menghormati asas kebebasan berkontrak. Sementara penolakan pelaksanaan putusan arbitrase oleh

⁷⁰ Hikmahanto Juwana, Ibid

pengadilan tidak berarti menafikan putusan tersebut. Penolakan putusan arbitrase asing mempunyai konsekuensi tidak dapatnya putusan arbitrase dilaksanakan di yurisdiksi pengadilan yang telah menolaknya. Apabila ternyata di negara lain terdapat aset dari pihak yang dikalahkan, pihak yang dimenangkan masih dapat meminta eksekusi di pengadilan negara tersebut.

Selain itu, pembatalan putusan arbitrase dapat dilaksanakan apabila dalam putusan tersebut mengandung unsur-unsur yang telah diatur dalam Pasal 70 UU No. 30 Tahun 1999 dan dapat dibuktikan, yaitu berbunyi:

Terhadap putusan arbitrase para pihak dapat mengajukan permohonan pembatalan apabila putusan tersebut di duga mengandung unsur-unsur sebagai berikut:

- a. surat atau dokumen yang diajukan pemeriksaan, setelah putusan dijatuhkan, diakui palsu atau dinyatakan palsu;
- b. setelah putusan diambil ditemukan dokumen yang bersifat menentukan, yang disembunyikan oleh pihak lawan; atau
- c. putusan diambil dari hasil tipu muslihat yang dilakukan oleh salah satu pihak dalam pemeriksaan sengketa.

Memang dalam pemeriksaan kasus ini oleh Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, berkembang wacana bahwa pihak KBC telah melakukan tipu muslihat khususnya mengenai kerugian atau kehilangan keuntungan. Selain itu, KBC juga dalam pemeriksaan ini tidak dapat membuktikan dengan bukti-bukti yang sah bahwa KBC telah siap dan sanggup untuk melaksanakan kedua kontrak tersebut dengan menyediakan dana yang nyata dari sumber-sumber pembiayaan yang bonafide, sebagaimana disyaratkan untuk pelaksanaan proyek tersebut. Namun demikian, dugaan tersebut harus dapat dibuktikan.

Kembali pada putusan arbitrase Jenewa yang bertentangan dengan asas ketertiban umum, pelanggaran pertama yaitu dalam proses arbitrase tidak digunakan hukum Indonesia, sebagaimana yang telah diperjanjikan oleh kedua belah pihak untuk menggunakan hukum Indonesia dalam menyelesaikan perkara. Majelis arbitrase di Jenewa sama sekali tidak menghiraukan, telah mengesampingkan dan telah melanggar ketentuan-ketentuan hukum Indonesia yang seharusnya diberlakukan. Dalam JOC hal ini diatur dalam Pasal 13.2 yang

UNIVERSITAS INDONESIA

diatur bahwa kedua belah pihak telah sepakat untuk menggunakan hukum Indonesia. Hal ini telah melanggar Pasal V (1) (d) Konvensi New York 1958 dan juga meliputi pelanggaran terhadap asas ketertiban umum yang diatur dalam Pasal V (2) (b), yang juga merupakan salah satu jenis asas ketertiban umum dalam arti Konvensi New York 1958 dan telah dibahas pada bagian terdahulu.

Pertamina tidak dapat memenuhi prestasi sesuai dengan JOC tersebut dikarenakan adanya beberapa kebijakan Pemerintah yang memerintahkan untuk menanggihkan proyek-proyek yang membutuhkan dana besar termasuk proyek PLTP Karaha Bodas, melalui suatu Keputusan Presiden No. 5 Tahun 1998. Keputusan Presiden ini merupakan suatu tindakan kebijaksanaan Pemerintah untuk mengatasi gejolak krisis moneter yang dihadapi oleh Indonesia. Pertamina sebagai BUMN harus tunduk pada Keputusan Presiden tersebut, dan merupakan hal yang diluar kemampuan Pertamina untuk merubahnya. Keadaan seharusnya dipandang sebagai suatu keadaan *force majeure* bagi Pertamina, bukan hanya sebagai keadaan *force majeure* yang berlaku bagi KBC. Mengingat Keputusan Presiden ini dikeluarkan untuk kepentingan penyelamatan negara dan rakyat Indonesia yang sedang dirundung oleh krisis moneter khususnya yang diakibatkan antara lain oleh depresi mata uang rupiah terhadap nilai tukar US dolar yang pada saat itu mencapai lebih dari 300 % (tiga ratus persen). Apabila Pemerintah tidak mengambil tindakan untuk memberhentikan Proyek Karaha bodas, maka akan menimbulkan beban keuangan yang sangat berat bagi negara dan rakyat Indonesia. Oleh karena itu, untuk menjaga ketertiban umum Pemerintah Indonesia terpaksa mengambil langkah untuk menanggihkan proyek tersebut.

Dalam proses arbitrase sebelumnya keadaan *force majeure* yang telah diatur dalam kontrak tersebut hanya ditafsirkan berlaku bagi KBC dan tidak dapat berlaku bagi Pertamina. Padahal sudah seharusnya dalam setiap kontrak keadaan *force majeure* harus dapat diartikan dan berlaku bagi kedua belah pihak yang menangannya. Sehingga dengan tidak diberlakukannya *force majeure* bagi Pertamina dinilai telah melanggar asas ketertiban umum Indonesia. Hal ini merupakan salah satu pertimbangan hakim dalam Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, dan oleh karenanya sudah sewajarnya apabila putusan ini tidak dapat dilaksanakan di Indonesia.

UNIVERSITAS INDONESIA

Tidak diberlakukannya *force majeure* terhadap Pertamina juga merupakan suatu tindakan yang tidak adil. Keadilan juga merupakan salah satu tolak ukur dari asas ketertiban umum. Sebagaimana yang dikemukakan oleh Prof. Erman Rajagukguk yang dijadikan pertimbangan oleh hakim, yaitu bahwa asas ketertiban umum diartikan sebagai ketertiban, kesejahteraan, dan keamanan atau disamakan dengan ketertiban hukum atau disamakan dengan keadilan⁷¹. Hal ini juga berkaitan dengan Pasal 1339 KUH Perdata⁷², bahwa berdasarkan rasa keadilan dan kepatutan maka suatu peristiwa *force majeure* terutama suatu kebijakan Pemerintah harus dapat dinyatakan berlaku terhadap semua pihak.

Asas ketertiban umum juga dilanggar berdasarkan “suatu sebab yang halal” yang diperjanjikan. Dikeluarkannya perjanjian tersebut telah merubah status causa tersebut menjadi suatu causa yang terlarang. Dalam uraian terdahulu, telah dijelaskan bahwa causa yang halal merupakan salah satu syarat perjanjian yang harus diperhatikan sehingga perjanjian tersebut dinyatakan sah, sebagaimana yang diatur dalam Pasal 1320 butir 4. Syarat causa yang halal merupakan syarat objektif sehingga mutlak harus dipenuhi. Apabila ketentuan ini dilarang maka terhadap perjanjian tersebut dapat dinyatakan batal demi hukum dan para pihak kembali pada posisi semula. Proyek Karaha merupakan suatu causa yang dilarang oleh Undang-undang dalam hal ini adalah Keputusan Presiden. Ketentuan ini diatur dalam Pasal 1337 KUH Perdata, bahwa suatu sebab adalah terlarang apabila dilarang oleh undang-undang, bertentangan dengan kesusilaan yang baik atau dengan ketertiban umum. Sedangkan Proyek Karaha apabila dilanjutkan akan mengganggu ketertiban umum. Oleh karena itu konsekuensi yang harus diterima adalah terhadap suatu perjanjian dengan sebab yang terlarang, maka tidak memiliki kekuatan hukum, sebagaimana yang diatur dalam Pasal 1335 KUH Perdata.

Jenis ketertiban umum lain yang terdapat dalam kasus ini, yaitu ketertiban umum dalam arti Konvensi New York 1958 Pasal V (2) (b) yang mencakup Pasal V (1) (b), tentang pemberitahuan secara layak dalam pengangkatan arbiter dan

⁷¹ Sudargo Gautama, *Arbitrase Luar Negeri dan...*, Op. Cit., hlm. 51

⁷² Pasal 1339 KUH Perdata:

“Persetujuan-persetujuan tidak hanya mengikat untuk hal-hal yang dengan tegas dinyatakan di dalamnya tetapi juga untuk segala sesuatu yang menurut sifat persetujuan, diharuskan oleh kepatutan, kebiasaan atau undang-undang”

juga Pasal V (1) (d), bahwa dalam kasus ini menunjukkan arbiter tidak sesuai dengan apa yang telah diperjanjikan dan tertuang dalam kontrak.

Tidak diberitahunya Pertamina secara layak mengenai proses arbitrase, telah mengakibatkan terhambatnya kesempatan untuk membela diri. Salah satunya dengan tidak diberinya kesempatan untuk mengangkat arbiter sesuai dengan kehendaknya sebagaimana yang tercantum dalam perjanjian. Arbiter dalam proses arbitrase ini dipilih tanpa adanya persetujuan dari Pertamina dan hanya berdasarkan pilihan KBC, yang seharusnya pengangkatan arbiter harus berdasarkan persetujuan dari kedua belah pihak.

Oleh karena itu, dengan tidak dipenuhinya hak untuk membela diri oleh Pertamina dianggap telah melanggar asas ketertiban umum dari negara Indonesia. Selain itu, mengingat bahwa setiap pihak yang berperkara memiliki hak yang sama untuk mengajukan fakta-fakta hukum dan argumen-argumen yang berkaitan dengan kasusnya.

Sengketa antara Pertamina dan Karaha Bodas memang belum tuntas sampai saat ini. Bahkan kasus ini berkembang dengan adanya dugaan korupsi yang dilakukan oleh pihak KBC. Dugaan tersebut didasarkan pada hasil audit yang dilakukan Badan Pengawasan Keuangan dan Pembangunan (BPKP) pada Tahun 1999. Dari hasil pemeriksaan badan ini, ditemukan adanya penggelembungan nilai anggaran dan perencanaan kerja (*Work Planning and Budget*) sebesar US\$ 19,6 juta. Selain itu juga ditemukan kekurangan bayar pajak penghasilan sebesar Rp. 5,97 miliar dan kekurangan pembayaran dalam pajak pertambahan nilai sebesar Rp. 12,24 miliar. Sampai saat ini dugaan korupsi ini masih terus diperiksa oleh kepolisian Indonesia dan apabila terbukti maka dapat dijadikan bukti baru dalam persidangan tingkat kasasi di Amerika Serikat⁷³.

Praktik korupsi ini merupakan salah satu bentuk pelanggaran terhadap asas ketertiban umum. Bukan saja asas ketertiban umum Indonesia tetapi juga asas ketertiban umum Amerika. Karena Amerika sendiri mempunyai Undang-undang Anti Korupsi yang berlaku bagi seluruh perusahaan nasional mereka yang berbisnis di luar negeri.

⁷³ Koran Tempo, *Pemerintah Bisa Tuntut Balik Karaha Bodas*, Selasa 24 Agustus 2004

Di Indonesia sendiri sudah banyak peraturan mengenai larangan praktik korupsi, baik yang diatur dalam Undang-Undang, Keputusan Presiden maupun Instruksi presiden. Undang-undang tersebut diantaranya UU No. 31 Tahun 1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi yang telah diubah dengan UU No. 20 Tahun 2001, UU No. 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi serta Undang-undang No. 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggara Negara yang Bersih dan Bebas dari Korupsi, Kolusi dan Nepotisme. Undang-undang ini juga ditindak lanjuti dengan dikeluarkannya beberapa keputusan presiden tentang praktik korupsi, salah satunya yang berkaitan dengan Komisi pemberantasan korupsi yaitu Keputusan Presiden No. 45 Tahun 2004 tentang pengalihan organisasi, administrasi dan finansial sekretariat jenderal komisi pemeriksa kekayaan penyelenggara negara ke Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, yang dikeluarkan pada masa pemerintahan Megawati Soekarno Putri. Setelah terpilihnya Susilo Bambang Yudhoyono, juga telah dikeluarkan Instruksi Presiden No. 5 Tahun 2004 tentang percepatan penyelenggaraan korupsi. Inpres pada intinya menginstruksikan kepada pejabat negara untuk melakukan beberapa hal dalam rangka percepatan penyelenggaraan korupsi.

Beberapa peraturan perundang-undangan yang telah disebutkan diatas, telah membuktikan bahwa praktik korupsi merupakan salah satu bentuk pelanggaran asas ketertiban umum di Indonesia. Mengingat bahwa peraturan perundang-undangan merupakan salah satu bentuk dari sistem hukum yang berlaku di masyarakat Indonesia sesuai dengan tata urutan peraturan perundang-undangan yang diatur dalam Tap MPR No. III Tahun 2000. Menurut hemat penulis, hal ini sudah memenuhi unsur-unsur dari ketertiban umum yang diatur dalam Pasal 4 ayat 2 Peraturan Mahkamah Agung No.1 Tahun 1990.

Berdasarkan uraian diatas, dapat ditinjau bahwa dalam sengketa Pertamina dan Karaha Bodas begitu banyak kebijakan-kebijakan hukum yang dilanggar dan dapat dengan pasti dinyatakan pelaksanaan putusan arbitrase asing tersebut bertentangan dengan asas ketertiban umum di Indonesia. Sebenarnya begitu banyak argumen yang dapat diajukan oleh Pertamina dalam menghadapi KBC dalam pengadilan tingkat selanjutnya. Tetapi memang kedudukan Pertamina yang sangat sulit telah membuat kurangnya kekuatan untuk melawan KBC. Salah

UNIVERSITAS INDONESIA

satunya adalah pada persidangan awal Pertamina melalui pejabat Indonesia yang menjabat sebagai pejabat Bappenas tidak mau memberikan kesaksian soal desakan *International Monetary Fund*, yang memaksa pemerintah harus mengeluarkan Keputusan Presiden No. 5 Tahun 1998 tersebut. Padahal kesaksian ini merupakan kesaksian yang cukup penting, sehingga dapat menambah argumen yang merupakan argumen bagi pihak Pertamina dalam menjelaskan keadaan *force majeure* yang dialami dalam pelaksanaan perjanjian tersebut.

3.2 Penyelesaian sengketa melalui badan peradilan

3.2.1 Indonesia tidak terikat pada putusan pengadilan asing.

Sudah sejak lama dianut asas bahwa putusan – putusan badan peradilan Negara tidak dapat dilaksanakan di wilayah Negara lain. Putusan pengadilan suatu Negara hanya dapat dilaksanakan di wilayah negaranya saja. Untuk Indonesia berlaku ketentuan bahwa putusan pengadilan asing tidak dapat dilaksanakan di wilayah Indonesia. Hal ini dapat dilihat pada pasal 436 Rv yang secara tegas menentukan, putusan pengadilan asing tidak dapat di akui dan dieksekusi oleh putusan pengadilan Indonesia. Di Indonesia, putusan pengadilan asing tidak dianggap sama dan sederajat dengan putusan pengadilan Indonesia sendiri yang bisa dilaksanakan di Indonesia. Ketentuan tersebut erat kaitannya dengan kedaulatan territorial (*principle of territorial sovereignty*) dimana berdasarkan asas ini putusan pengadilan asing tidak bisa secara langsung dilaksanakan di wilayah Negara lain atas ketentuannya sendiri.

Pasal 436 Rv ini menentukan:

1. Kecuali seperti ditentukan dalam Pasal 724 dari Kitab Undang – Undang Hukum Pidana dan lain – lain ketentuan perundang – perundangan, keputusan – keputusan yang diberikan oleh badan – badan peradilan luar negeri, tidak dapat dieksekusi (dilaksanakan) di Indonesia.
2. Perkara – perkara sedemikian dapat diajukan lagi dan diputuskan di dalam badan – badan peradilan di Indonesia.
3. Berkenaan dengan pengecualian – pengecualian yang tercantum didalam ayat (1) diatas, maka keputusan – keputusan dari hakim luar negeri dapat dijalankan hanya setelah memperoleh suatu perintah fiat eksekusi (*executoir*) dalam bentuk seperti ditentukan dalam pasal 435 yang telah

UNIVERSITAS INDONESIA

diperoleh oleh pihak pemenang dari Pengadilan Negeri di Indonesia yang berwenang di tempat dimana keputusan asing ini harus dilaksanakan.

4. Untuk memperoleh perintah fiat eksekusi tersebut, tidak perlu untuk mengadili perkara yang bersangkutan sekali lagi.

Berdasarkan pasal 436 Rv diatas, dapat ditarik prinsip utama yang dianut ialah bahwa putusan badan peradilan asing pada umumnya tidak dapat dilaksanakan di dalam wilayah Negara Republik Indonesia. Pengecualian tentang dapat dilaksanakannya putusan badan peradilan asing seperti disebutkan dalam ayat (1) tersebut, hanya berkenaan dengan putusan – putusan dalam hal terjadinya averij grosse.

Pelaksanaan putusan yang dimaksud disini adalah putusan badan peradilan asing yang bersifat menghukum untuk melaksanakan suatu pembayaran, dan bukan putusan yang bersifat tidak menghukum untuk melakukan pembayaran. Sehingga dengan tegas dapat disebutkan bahwa putusan – putusan badan peradilan asing yang bersifat menghukum untuk melakukan pembayaran. Sehingga dengan tegas dapat disebutkan bahwa putusan – putusan badan peradilan asing yang bersifat menghukum untuk melakukan suatu pembayaran tidak dapat dilaksanakan didalam wilayah yurisdiksi Negara Republik Indonesia, kecuali dengan mendaftarkan kembali perkara tersebut untuk diperiksa, diadili dan diputus oleh lembaga pengadilan di Indonesia.

Hal ini tidak berarti semua putusan pengadilan asing tertutup sama sekali kemungkinannya untuk dilaksanakan. Putusan asing mungkin saja dilaksanakan di Indonesia bila Indonesia telah menandatangani perjanjian – perjanjian internasional mengenai pelaksanaan putusan pengadilan asing. Dengan perjanjian internasional itu putusan pengadilan asing dapat dilaksanakan di Indonesia. Sebaliknya, putusan pengadilan Indonesia pun dapat dilaksanakan di wilayah Negara yang turut serta dalam perjanjian tersebut. Saat ini terdapat Convention on the Recognition and Execution of Foreign Judgement in Civil and Commercial Matters (1966) and supplementary Protocol. Sesuai judulnya, Konvensi ini hanya mengatur mengenai pengakuan dan pelaksanaan putusan pengadilan asing dibidang perkara dan dagang saja. Menurut konvensi ini semua putusan yang

bersifat provisional dan konservatoir belaka tidak termasuk dalam lingkup konvensi ini, juga tidak termasuk putusan yang mengatur⁷⁴:

- a. Status kewenangan orang – orang atau soal – soal yang termasuk hukum kekeluargaan, termasuk hak dan kewajiban personal dan financial antara orang tua dan anak, antara suami dan istri;
- b. Soal penciptaan atau kelanjutan badan hukum dan wewenang pejabatnya;
- c. Kewajiban alimentasi yang tidak termasuk dalam sub a;
- d. Soal warisan;
- e. Soal – soal kepailitan, penghentian pembayaran atau lain – lain acara yang serupa;
- f. Soal – soal jaminan sosial;
- g. Persoalan – persoalan mengenai ganti rugi dalam hal nuklir. Juga tidak termasuk dalam lingkup konvensi ini keputusan yang berkenaan dengan pembayaran bea-cukai, pajak atau denda.

Dengan demikian ruang lingkup konvensi ini lebih khusus lagi hanya berkenaan dengan pengakuan dan pelaksanaan putusan pengadilan asing dalam perkara perdata dan dagang yang semata – mata hanya mengandung private affair. Terdapat beberapa kondisi yang perlu dipenuhi agar putusan hakim asing dapat dilaksanakan di suatu Negara berdasarkan Konvensi ini, pertama apabila suatu Negara menandatangani konvensi ini maka pengadilan Negara menandatangani konvensi tersebut akan melaksanakan putusan dari Negara lain meskipun Negara lain tidak ikut menandatangani konvensi ini. Dengan kata lain dapat pula putusan pengadilan dari suatu Negara, sekalipun Negara tersebut tidak ikut menandatangani konvensi, dimungkinkan untuk dieksekusi oleh pengadilan Negara lain yang telah menandatangani konvensi internasional tersebut⁷⁵. Kedua, apabila putusan – putusan perkara masuk ruang lingkup konvensi ini memenuhi persyaratan tentang kompetensi sebagaimana yang dimaksud Bab II Konvensi ini, maka putusan pengadilan suatu Negara dapat diakui dan dilaksanakan di Negara lain yang menjadi anggota konvensi tersebut.

⁷⁴ Ridwan Khairandy, Op.Cit. hlm. 243

⁷⁵ Sutan Remy Sjahdeini, Hukum Kepailitan : Memahami Undang – Undang Kepailitan No. 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan, Cet. III, (Jakarta: Pustaka Utama Grafiti, 2009), hlm. 447

Hingga saat ini Indonesia belum meratifikasi Convention on the Recognition and Execution of Foreign Judgement in Civil and Commercial Matters. Bila Indonesia meratifikasi konvensi tersebut, maka semua putusan hakim Indonesia yang memenuhi persyaratan di atas dapat diakui dan dilaksanakan di Negara anggota, begitu pula dengan putusan pengadilan asing dari suatu Negara yang dapat dilaksanakan di Indonesia.

3.2.2 Penyelesaian sengketa melalui Pengadilan Indonesia

Sengketa antara investor lokal dan investor asing dalam Perusahaan joint venture antara lain terdapat dalam kasus PT. Dwi Satria Utama sebagai pemegang saham 45% PT. ICI Paints Indonesia (sebagai Penggugat) melawan Raymond Richard Sparks (sebagai tergugat I) dan Inderadi Kosim (Tergugat II), direktur PT. ICI Paints Indonesia tersebut, sebagai tergugat dengan perkara No. 59/Pdt.G/2002/PN.Jak-Sel.

Penggugat mendalilkan bahwa para tergugat telah merugikan perseroan, antara lain karena:

1. Tergugat I dan Tergugat II baik secara sendiri-sendiri maupun bersama-sama telah dengan sewenang-wenang melakukan penunjukan konsultan hukum Freshfields dan Makarim & Taira oleh ICI Omricron BV untuk kepentingan PPG Industries, Inc yang berkeinginan melakukan pembelian pabrik di Cimanggis tanpa persetujuan dua direktur wakil PT Dwi Satria Utama. (Berdasarkan *The Master Sale and Purchase Agreement*).
2. Dengan selesainya tugas dari konsultan hukum tersebut, maka Tergugat I dan Tergugat II telah menyetujui pembayaran *legal fee* kepada masing-masing konsultan tersebut S\$ 16.970,13 (enambelas ribu sembilan ratus tujuh puluh koma tiga belas Dolar Sinagpura) kepada Freshfields dan sebesar US\$ 106.850, 12 (seratus enam ribu delapan ratus lima puluh koma dua belas Dolar Amerika) kepada Makarim dan Taira, padahal jasa konsultan hukum itu untuk kepentingan pihak lain bukan untuk kepentingan PT. ICI Paints Indonesia.

UNIVERSITAS INDONESIA

3. Tergugat I dan Tergugat II telah sewenang-wenang menetapkan renumerasi General Manager yang sangat berlebihan tanpa melalui persetujuan seluruh Direksi PT. ICI Paints Indonesia sehingga melanggar Pasal 2 Ayat (3) dari *Shareholders Agreement* yang berbunyi: *The day to day of the company shall be entrusted to a general manager. The appointment of the general manager will be made with the approval of all the directors of the company but no director shall unreasonably withhold approval.*
4. Tergugat I dan Tergugat II baik secara sendiri-sendiri maupun bersama-sama telah lalai melakukan tindakan pengelolaan perusahaan dalam hal ini melarang General Manager untuk mentransfer dana sebanyak US \$ 4.500.000 (empat juta lima ratus ribu Dolar Amerika) dari Bank di Indonesia ke Bank Luar Negeri. Padahal saat itu Indonesia sedang mengalami krisis ekonomi yang mengkhawatirkan, dan telah dihimbau kepada semua warga Negara Indonesia serta instansi untuk tidak melakukan transfer dana ke luar negeri.
5. Dengan demikian, Tergugat I dan Tergugat II bersalah atau lalai dalam menjalankan tugas untuk kepentingan dan usaha PT. ICI Paints Indonesia, sehingga kerugian yang diderita PT. ICI Paints Indonesia adalah merupakan tanggungjawab pribadi dari Tergugat I dan Tergugat II secara bersama-sama.
6. Berdasarkan alasan-alasan sebagaimana disebutkan di atas terbukti bahwa Tergugat I dan Tergugat II disamping telah melanggar ketentuan Pasal 2 Ayat (3) *Shareholders Agreement*, juga melanggar Undang-undang Nomor 1 Tahun 1995 tentang Perseroan Terbatas, sehingga Tergugat I dan Tergugat II telah melakukan perbuatan melawan hukum yang merugikan PT. ICI Paints Indonesia sebagaimana diatur dalam Pasal 1365 KUHPerdara.
7. Kerugian yang diderita oleh PT. ICI Paints Indonesia sebagai akibat dari perbuatan melawan hukum yang dilakukan oleh Tergugat I dan Tergugat II adalah sebesar S\$16.970,13 (enam belas ribu sembilan ratus tujuh puluh koma tiga belas Dolar Singapura) dan sebesar US\$

UNIVERSITAS INDONESIA

106.850, 12 (seratus enam ribu delapam ratus lima puluh koma dua belas Dolar Amerika).

8. Kerugian PT. ICI Paints Indonesia sebesar S\$16.970,13 (enambelas ribu sembilan ratus tujuh puluh koma tiga belas Dolar Singapura) dan sebesar US\$ 106.850, 12 (seratus enam ribu delapam ratus lima puluh koma dua belas Dolar Amerika) itu terjadi sejak pembayaran kepada konsultan hukum sehingga mengurangi kemampuan *cash flow* PT. ICI Paints Indonesia dan nyata-nyata menghilangkan kesempatan untuk memperoleh bunga

Para tergugat dalam bantahannya mengenai bukan pokok perkara (eksepsi) maupun dalam jawaban pokok perkara, membantah semua dalil-dalil Penggugat tersebut di atas. Para tergugat memohon pengadilan untuk memutuskan agar penggugat meminta maaf di Harian Kompas dan The Jakarta Post selama tiga hari berturut-turut karena perbuatan hukum yang dilakukannya mencemarkan nama baik para Tergugat.

Setelah mendengarkan saksi-saksi dan bukti-bukti, Pengadilan Negeri Jakarta Selatan dalam pertimbangan hukumnya menyatakan tidak terbukti penunjukan Konsultan Hukum Freshfields dan Makarim & Taira oleh PT. ICI Paints Indonesia sebagai suatu kerugian akibat perbuatan melawan hukum. Tidak terbukti pula gugatan Penggugat, bahwa para Tergugat yang tidak melarang transfer uang sebanyak US \$ 4.500.000,- pada Deutsche Bank Singapore menimbulkan kerugian bagi PT.ICI Paints Indonesia.

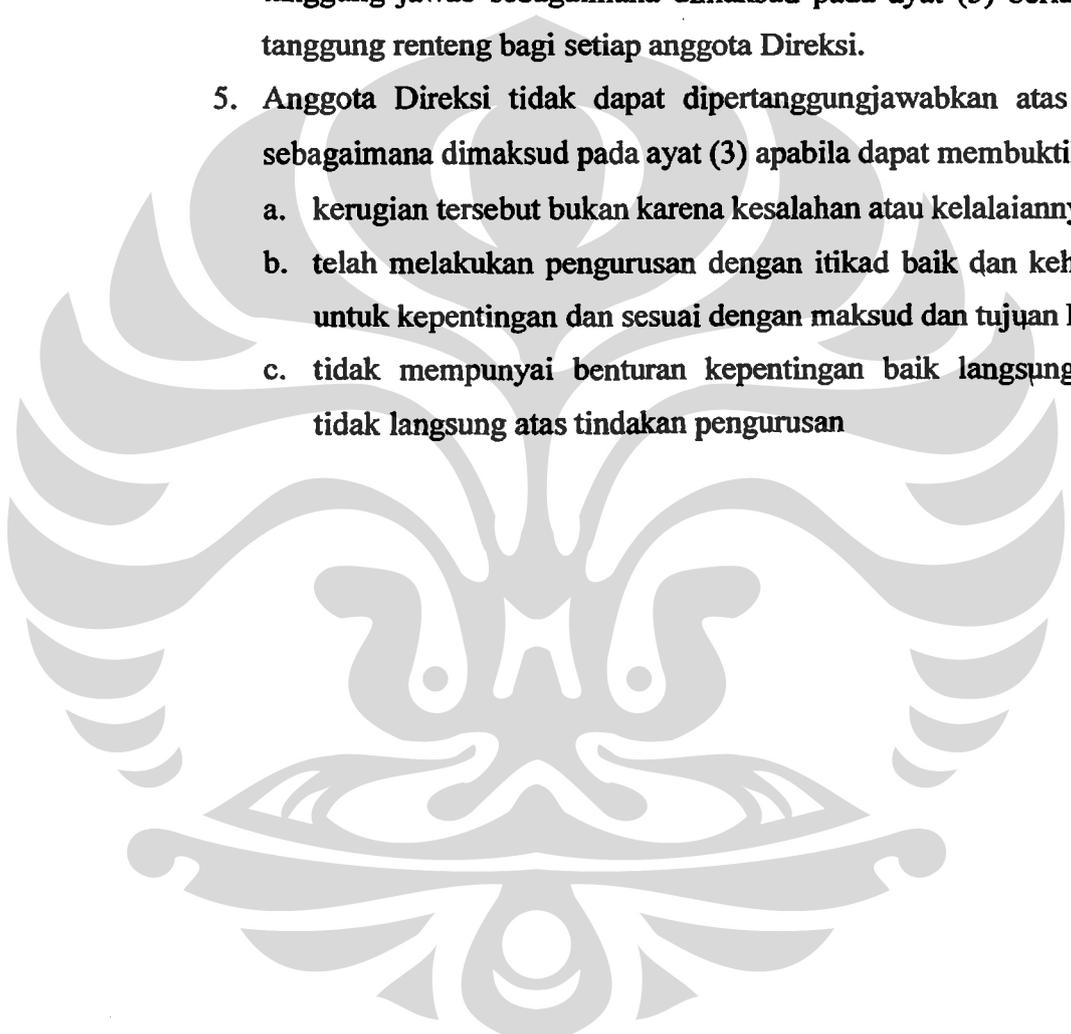
Oleh karena itu Pengadilan Negeri Jakarta Selatan memutuskan menolak gugatan Penggugat seluruhnya. Menyatakan Penggugat telah melakukan perbuatan melawan hukum dan menghukum penggugat meminta maaf kepada para tergugat di Harian Kompas dan The Jakarta Post selama tiga hari berturut – turut dengan redaksi yang disetujui terlebih dahulu oleh para penggugat.

Dalam Undang – Undang No. 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas mengenai tanggung jawab direksi diatur dalam Pasal 97, yang berbunyi sebagai berikut:

1. Direksi bertanggung jawab atas pengurusan perseroan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 92 ayat (1)

UNIVERSITAS INDONESIA

2. Pengurusan sebagaimana dimaksud pada ayat (1), wajib dilaksanakan setiap anggota Direksi dengan itikad baik dan penuh tanggung jawab
3. Setiap anggota Direksi bertanggung jawab penuh secara pribadi atas kerugian Perseroan apabila yang bersangkutan bersalah atau lalai menjalankan tugasnya sesuai dengan ketentuan sebagaimana dimaksud pada ayat (2)
4. Dalam hal Direksi terdiri atas 2 (dua) anggota Direksi atau lebih, tanggung jawab sebagaimana dimaksud pada ayat (3) berlaku secara tanggung renteng bagi setiap anggota Direksi.
5. Anggota Direksi tidak dapat dipertanggungjawabkan atas kerugian sebagaimana dimaksud pada ayat (3) apabila dapat membuktikan:
 - a. kerugian tersebut bukan karena kesalahan atau kelalaiannya
 - b. telah melakukan pengurusan dengan itikad baik dan kehati-hatian untuk kepentingan dan sesuai dengan maksud dan tujuan Perseroan
 - c. tidak mempunyai benturan kepentingan baik langsung maupun tidak langsung atas tindakan pengurusan



BAB IV

Penyelesaian sengketa antara Investor asing dan Pemerintah RI

4.1 Penyelesaian sengketa melalui arbitrase ICSID

Negara – Negara yang mempunyai program untuk menarik modal asing mencantumkan di dalam Undang – Undang Penanaman Modal mereka, bahwa apabila terjadi sengketa antara pemerintah dengan investor asing, maka penyelesaian sengketa tersebut akan diserahkan kepada arbitrase internasional. Oleh karenanya, Negara – Negara penarik modal asing menjadi anggota Konvensi ICSID (International Centre for Settlement of International Investment Dispute), suatu centre yang didirikan untuk menyelesaikan sengketa antara pemerintah dan investor asing berkenaan dengan penanaman modal asing.

Indonesia dengan Undang – Undang No. 5 tahun 1968 (LN 1968 – 32) memberikan persetujuan atas konvensi tentang Penyelesaian Perselisihan Antar Negara dan Warga Negara Asing mengenai Penanaman Modal tersebut.

Chapter II Konvensi ICSID menyatakan bahwa ICSID mempunyai yurisdiksi atas sengketa yang secara langsung timbul dari investasi, antara Negara penandatangan lainnya, dimana para pihak yang bersengketa setuju secara tertulis mengajukan sengketa kepada ICSID. Bila persetujuan telah diberikan, tidak satu pihakpun boleh mengundurkan diri. Penyelesaian sengketa menurut Konvensi ini dapat melalui Konsiliasi atau arbitrase.

Pertama, penyelesaian sengketa melalui konsiliasi adalah dimana Komisi Konsiliasi yang dibentuk berdasarkan kesepakatan para pihak, berkewajiban menjelaskan masalah – masalah yang menjadi sengketa dan usaha agar kedua belah pihak yang bersengketa mencapai kesepakatan penyelesaian menurut syarat – syarat yang dapat diterima keduanya. Komisi pada setiap tingkat proses sampai berakhirnya, dari waktu ke waktu dapat memberi rekomendasi untuk penyelesaian kepada para pihak. Para pihak harus bekerjasama dengan komisi berdasarkan itikad baik agar komisi dapat menjalankan fungsinya dan memberikan pertimbangan yang serius kepada rekomendasi komisi (pasal 34 ayat 1). Selanjutnya jika para pihak mencapai persetujuan, Komisi akan membuat laporan tentang masalah yang disengketakan dan mencatat bahwa para pihak mencapai persetujuan. Jika dalam setiap tingkat dari proses, kelihatan oleh komisi bahwa

UNIVERSITAS INDONESIA

sepertinya tidak akan tercapai persetujuan antara para pihak, komisi akan mengakhiri proses tersebut dan menulis laporan bahwa para pihak gagal mencapai persetujuan. Jika salah satu pihak tidak tampil dalam proses dan harus menyampaikan laporan yang memuat keterangan bahwa salah satu pihak tidak tampil atau berpartisipasi (pasal 34 ayat 2). Pasal 35 menyatakan, bahwa kecuali para pihak yang bersengketa setuju, tidak satu pihak dalam proses konsiliasi ini berhak dalam proses lainnya apakah didepan arbitrase atau di pengadilan atau yang lainnya, menyandarkan kepada pernyataan atau penerimaan atau penawaran damai yang dibuat oleh pihak lain dalam proses konsiliasi, atau laporan atau rekomendasi apapun yang dibuat oleh Komisi.

Kedua, Bab IV konvensi ini mengatur tentang proses penyelesaian sengketa melalui arbitrase. Pasal 36 (1) menyatakan bahwa setiap Negara penandatanganan atau warga Negara darinegara penandatanganan berkeinginan untuk melakukan penyelesaian sengketa melalui arbitrase, harus mengajukan permintaan tersebut secara tertulis kepada Sekretaris Jenderal ICSID dan harus mengirimkan salinannya kepada pihak lain.

Permintaan tersebut harus berisi informasi mengenai masalah yang disengketakan, identitas para pihak dan persetujuan mereka kepada arbitrase menurut ketentuan beracara arbitrase dan konsiliasi (ayat 2) Sekretaris Jenderal akan mendaftarkan permintaan tersebut, kecuali ia menemukan berdasarkan informasi dalam permintaan sengketa tersebut diluar yurisdiksi dari ICSID. Penolakan pendaftaran tersebut harus diberitahukannya kepada para pihak (ayat 3).

Pasal 48 menyatakan bahwa putusan arbitrase diambil dengan suara terbanyak dan anggota yang tidak sepakat boleh mencantumkan "dissenting opinion". Putusan tidak boleh dipublikasikan tanpa persetujuan para pihak.

Pasal 52 menyatakan bahwa salah satu pihak dapat meminta pembatalan putusan arbitrase tersebut dengan mengajukan permohonan secara tertulis kepada Sekretaris Jenderal ICSID, berdasarkan salah satu alasan berikut ini:

- a. *That the Tribunal was not properly constituted;*
- b. *That the Tribunal has manifestly exceeded its powers;*
- c. *That there was corruption on the part of a member of the Tribunal;*
- d. *That there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure; or*

UNIVERSITAS INDONESIA

e. *That the award has failed to state the reasons on which it is based.*

Pasal 53 dan pasal 54 mengatur tentang pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase ICSID. Pasal 53 (1) menyatakan bahwa putusan arbitrase mengikat para pihak, dan tidak dapat dibanding atau usaha lain. Tiap pihak harus tunduk dan melaksanakan ketentuan putusan kecuali jika ada penundaan sesuai dengan aturan dalam Konvensi. Pelaksanaan keputusan arbitrase harus berdasarkan hukum dari Negara dimana putusan tersebut minta untuk dilaksanakan.

Suatu sengketa antara investor asing dan Pemerintah Indonesia pernah diputuskan oleh ICSID pada tahun 1990, yaitu sengketa antara Amco Asia Corporation Vs. Pemerintah Indonesia. Amco Asia Corporation (Amco) adalah sebuah perusahaan yang bermarkas di Delaware, Amerika Serikat. Pada tahun 1968 perusahaan tersebut ambil bagian dalam kontrak sewa pengelolaan dengan PT. Wisma Kartika (Wisma), sebuah hotel Indonesia untuk pembangunan hotel Kartika Plaza. Wisma ini sepenuhnya dimiliki oleh Inkopad, sebuah induk koperasi yang tunduk kepada hukum Indonesia dan ditujukan bagi kesejahteraan Angkatan Darat Indonesia, dan bertanggung jawab kepada Angkatan Darat. Amco memperoleh persetujuan dari Badan Koordinasi Penanaman Modal Asing (BKPM) untuk membentuk PT. Amco Indonesia (PT. Amco) yang dapat memanfaatkan kelonggaran pajak yang tersedia dibawah hukum penanaman modal asing Indonesia. Keuntungan Amco dalam kontrak sewa kemudian dialihkan kepada PT. Amco. Pada tahun 1972, PT. Amco mendapatkan persetujuan dari pemerintah Indonesia untuk mengalihkan sebagian dari hak mereka dalam kontrak kepada Pan American dan Amco yang dibuat di Hongkong pada tahun 1968. Pada tahun 1969 PT. Amco melaksanakan hak mereka menurut kontrak sewa dengan Wisma, dan menyewakan kembali proyek tersebut kepada sebuah konsorsium. Pada tahun 1978 Inkopad mengambil alih pengelolaan hotel Kartika Plaza dari PT. Aeropacific Hotel Corporation dan juga ambil bagian dalam kesepakatan pembagian keuntungan dengan PT. Amco, yang mengambil alih pengelolaan. Menurut kesepakatan yang ditandatangani pada 6 Oktober 1968 tersebut, PT. Amco sendiri mendapatkan kembali pengelolaan hotel tersebut. Kemudian dibentuk sebuah komite konsultasi manajemen yang terdiri atas dua

UNIVERSITAS INDONESIA

perwakilan masing – masing dari PT. Wisma, PT. Amco dan Inkopad yang berfungsi untuk memberikan nasihat dan saran kepada PT. Amco. Keuntungan antara Oktober 1978 – September 1984 akan dibagi antara PT. Amco dan PT. Wisma dengan perbandingan 65% dan 35%, dan antara bulan Oktober 1984 hingga bulan September 1990 masing – masing mengambil 50% keuntungan⁷⁶.

Sejak awal tahun 1980 muncul sejumlah pertentangan antara PT. Wisma dan PT. Amco, umumnya mengenai uang yang seharusnya menjadi milik PT. Wisma sebagai bagian keuntungan mereka dari operasi hotel. Pada tanggal 11 Maret 1980 PT. Wisma memberitahu PT. Amco bahwa PT. Wisma akan menganggap perjanjian mereka dengan PT. Amco batal dan tidak berlaku serta akan mengambil alih hotel dan pengelolaannya dari PT. Amco. Kecuali kalau jumlah bagian yang diminta oleh PT. Wisma dibayarkan sebelum tanggal 30 Maret 1980. Pada tanggal 31 Maret 1980, hotel diduduki oleh tentara dan PT. Wisma mengambil alih hotel dengan paksa dari PT. Amco karena perselisihan mengenai pembagian keuntungan. Nampaknya PT. Amco telah gagal memenuhi kewajiban mereka menurut kontrak sewa antara Amco dan Wisma untuk menanamkan modal sebanyak US\$ 4.000.000 (Empat Juta Dollar Amerika Serikat) sebagaimana telah disepakati. Akibatnya, BKPM Indonesia mencabut izin penanaman modal tanpa member kesempatan PT. Amco untuk membela diri. PT. Wisma kemudian memulai proses hukum pelanggaran kontrak di Pengadilan Indonesia. Pengadilan membatalkan kontrak sewa dan menyerahkan ganti rugi kepada PT. Wisma. Sementara PT. Amco menolak yurisdiksi Pengadilan Indonesia dengan menyatakan bahwa perselisihan mereka harus diserahkan kepada arbitrase ICC di Paris. Gugatan ditolak oleh Pengadilan Indonesia. Semua pokok permasalahan ini dikaji lebih lanjut oleh Pengadilan Indonesia saat berlangsungnya sidang pemeriksaan kasus tersebut. Putusan pengadilan menguntungkan PT. Wisma dan menolak semua gugatan balik dan penolakan PT. Amco terhadap masalah yurisdiksi. Kontrak antara PT. Wisma dan PT. Amco batal, dan PT. Wisma mendapat ganti kerugian. Pada tanggal 15 Januari 1981, Pan America dan PT. Amco mengajukan arbitrase kepada ICSID dengan berpegang

⁷⁶ Maqdir Ismail, *Pengantar Praktek Arbitrase di Indonesia, Malaysia dan Singapura*, Cet.I (Jakarta:Fakultas Hukum Universitas Al-Azhar Indonesia, 2007), hlm. 125

kepada Konvensi Washington, dan menuntut ganti rugi sebesar US\$ 9.000.000 (Sembilan Juta Dollar Amerika Serikat) yang timbul dari penyitaan investasi dan pembatalan izin investasi oleh Indonesia yang dianggap adil oleh ICSID⁷⁷.

Dari pihak Indonesia menunjuk Isi Foighel (seorang sarjana hukum dari Denmark), pihak PT. AMCO menunjuk Edward Rubin (seorang pengacara yang berpraktek di hongkong yang berkewarganegaraan Canada). Sebagai Ketua dewan, arbiter ketiga diangkat oleh ICSID berdasarkan kesepakatan para pihak yaitu Berthod Goldman, seorang sarjana hukum Negara Perancis.⁷⁸

Pada tanggal 15 Januari, Amco mengajukan permintaan putusan arbitrase ICSID, Penggugat (dalam hal ini Amco) menuntut memperoleh ganti kerugian (sebesar US\$ 12.393.000 termasuk bunga dan ongkos) karena baru 9 tahun mengoperasikan hotel tersebut, telah dicabut izin penanaman modal mereka oleh Pemerintah RI, dan tidak diperkenankan untuk melanjutkan usaha management hotel selama 30 tahun lamanya. Mereka telah meminta ganti rugi dan ternyata dari pihak Pemerintah RI menyatakan bahwa pihak Amco sendiri tidak memenuhi kewajibannya untuk melakukan investasi sesuai dengan keharusannya, yaitu menginvest fresh capital⁷⁹. Dewan arbitrase memutuskan pertama – tama, bahwa para pihak tidak menyatakan adanya persetujuan tentang aturan yang dipakai untuk menyelesaikan sengketa yang timbul antara mereka. Dewan arbitrase menerapkan hukum Indonesia, yaitu hukum yang berlaku bagi kontrak yang dibuat para pihak, dan hukum internasional yang menurut dewan dapat diterapkan dengan melihat masalah yang dipersengketakan. Setelah mempertimbangkan beberapa hal, pada November 1984, Dewan Arbitrase yang diketuai oleh Prof. Bethold Goldman memutuskan mengabulkan sebagian gugatan AMCO sebesar US\$ 3.200.000 (tiga juta dua ratus ribu dollar Amerika Serikat) ditambah bunga efektif 6% setahun sejak tanggal 15 Januari 1981 sampai tanggal pembayaran efektif. Pada 18 Maret 1985 Pemerintah RI mengajukan permohonan pembatalan putusan pertama dewan arbitrase. Alasan yang dipakai oleh Pemerintah Republik Indonesia dalam mengajukan usul pembatalan itu ialah bahwa Dewan Arbitrase

⁷⁷ Ibid, hlm 126 – 127

⁷⁸ Sudargo Gautama, *Indonesia dan Arbitrase International*, (Bandung: Alumni, 1992) hlm. 3

⁷⁹ Sudargo Gautama, *Arbitrase Luar Negeri dan Op.Cit.* hlm 128

telah melampaui wewenangnya yaitu tidak memakai hukum Indonesia dalam memeriksa dan memutuskan perkaranya tetapi berdasarkan keadilan dan kepatutan (*ex aequo et bono*), putusan dewan tidak disertai alasan yang mendasarinya dan terdapat kesalahan serius pada putusan procedural yang fundamental⁸⁰. Komite Ad-hoc yang diketuai Prof. Ignaz Seidi Hoenvelden, setelah mengadakan pemeriksaan di Wina kemudian membatalkan sebagian dari putusan pertama arbitrase⁸¹. Pasal 52 ayat 1 Konvensi ICSID memuat beberapa alasan permohonan pembatalan putusan sebagai berikut⁸²:

1. Dewan arbitrase tidak dibentuk sebagaimana mestinya.
2. Terdapat korupsi dari sebagian anggota dewan.
3. Dewan arbitrase bertindak melampaui wewenang.
4. Terdapat kesalahan yang serius pada putusan prosedural yang fundamental.
5. Putusan yang diambil tidak disertai dengan alasan – alasan yang mendasari putusan itu

Yang dianggap salah dari putusan pertama itu adalah dipergunakannya hukum internasional dan memutus berdasar keadilan dan kepatutan (*ex aequo et bono*). Sementara tidak terdapat kesepakatan para pihak untuk menyelesaikan sengketa itu melalui *ex aequo et bono* tersebut.

Namun dewan tetap berpendirian bahwa tindakan aparat polisi dan militer Indonesia adalah melanggar hukum dan Amco berhak atas kerugian yang dideritanya. Pada akhirnya, pada putusan terakhir Dewan arbitrase ICSID pada Agustus 1990 memutuskan bahwa Pemerintah RI harus membayar ganti rugi US\$

⁸⁰ Sudargo Gautama, *Perkembangan Arbitrase Dagang Internasional di Indonesia* (Bandung: PT. Eresco, Tahun 1989), hlm. 79

⁸¹ Dalam keputusan kedua arbitrase ICSID ini didasarkan ketentuan bahwa sesuai dengan konvensi International Centre for Settlement of Investment Dispute (ICSID) inimaka hukum dari host state, yaitu hukum Indonesia yang harus dipakai. Dan berdasarkan hukum dari host state ini telah menyatakan para arbiter tidak bebas memakai pertimbangan – pertimbangan *ex aequo et bono* jika para pihak tidak memberikan wewenang itu kepada mereka. Dengan perkataan lain, harus diputus persoalan apakah telah terjadi penanaman modal yang tepat, sesuai dengan peraturan hukum rules of law Indonesia dan bukan menurut pertimbangan *ex aequo et bono*, *Ibid.* hlm 120

⁸² Pasal 52 ayat 1, Konvensi ICSID:

- a. that the tribunal was not properly constituted
- b. that the tribunal has manifestly exceeded its powers
- c. that there was corruption on the part of a member of the tribunal
- d. that there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure; or
- e. that the award has failed to state the reasons on which it is passed

2.677.126,20 (dua juta enam ratus tujuh puluh tujuh ribu seratus dua puluh enam dan 20 sen Dollar Amerika Serikat) ditambah bunga 6% sejak tanggal putusan sampai dengan tanggal pembayaran yang efektif.

Sengketa antara Pemerintah dan Amco ini adalah satu kasus yang menarik, karena pada awalnya sengketa muncul antara PT. Amco dan PT. Wisma yang seharusnya apabila terjadi sengketa antara kedua pihak maka akan diselesaikan melalui ICC. Namun pada kenyataannya ketika muncul sengketa, PT. Wisma menyerahkan kepada Pengadilan Indonesia untuk diselesaikan, meskipun PT. Amco berargumen bahwa seharusnya ICC yang mempunyai yurisdiksi mengadili sengketa ini, Pengadilan Negeri menolak argument PT. Amco dan mengambil sikap untuk tetap mengadili sengketa PT. Wisma dan PT. Amco.

Dalam kasus ini klausula ICSID tercantum dalam persetujuan aplikasi (usul) izin investasi. Selamproses pemeriksaan awal, pemerintah mengemukakan alasan bahwa persetujuan atas aplikasi yang memuat klausula ICSID tidak membentuk “kesepakatan” seperti yang dimaksud oleh konvensi. Pemerintah Republik Indonesia lebih jauh menyatakan bahwa “kesepakatan” terhadap arbitrase ICSID oleh Negara ditafsirkan secara terbatas karena itu mengakibatkan satu pembatasan dari kedaulatan Negara. Tidak adanya persyaratan khusus selain “in writing” bagi sahnya suatu “kesepakatan”, merupakan peluang yang sangat besar bagi badan arbitrase ICSID untuk menyatakan diri mempunyai yurisdiksi atas suatu sengketa yang diajukan kepadanya. Dalam kasus AMCO ini Mahkamah menyebut tentang pentingnya penafsiran dengan itikad baik dari para pihak terhadap klausula arbitrase yang telah dibuat, agar Badan Arbitrase ICSID mempunyai yurisdiksi.

Permasalahan juga semakin rumit ketika BKPM mencabut izin investasi PT. Amco, disini posisi PT. Amco (sebagai perusahaan penanaman modal asing) benar – benar dirugikan oleh ketidakpastian hukum di Indonesia. Apabila dicermati, sulit bagi PT. Amco untuk mencari alternatif penyelesaian bila mereka berpegang kepada sengketanya dengan PT. Wisma, karena masih terdapat kerugian lain yang diderita oleh PT. Amco yaitu pencabutan izin /lisensi kegiatan PMA diIndonesia. Berdasarkan landasan tindakan Pemerintah RI di BKPM tersebut, PT. Amco membawa sengketa ini ke Arbitrase ICSID dengan berpegang

UNIVERSITAS INDONESIA

kepada Konvensi Washington dan karena sengketa ini timbul langsung dari kegiatan investasi.

4.2 Penyelesaian sengketa melalui arbitrase UNCITRAL

Penyelesaian sengketa yang dilakukan Pemerintah RI dengan investor asing melalui arbitrase UNCITRAL antara lain antara Pemerintah RI Vs. PT. Newmont Nusa Tenggara.

PT. Newmont Nusa Tenggara (NNT) merupakan perusahaan yang bergerak di bidang tambang dengan produk utama tembaga (copper), dengan pemegang saham utama Nusa Tenggara Mining Corporation dan Sumitomo Corporation yang memiliki saham mayoritas dari PT. Newmont Nusa Tenggara (80%), serta perusahaan local PT. Pukuafu Indah Indonesia yang memegang 20% dari keseluruhan saham⁸³.

Tahun 1986 PT. Newmont Nusa Tenggara mendapatkan perjanjian kontrak karya, dan memulai operasional tambangnya pada tahun 2000. Luas kontrak karya yang didapatkan adalah sebesar 1.127.134 hektar, dengan nilai investasi awal sebesar 1,9 miliar US Dolar⁸⁴. Kontrak karya diberikan dengan perjanjian kewajiban divestasi saham asing mulai tahun 2006 hingga akhir 2010. Dengan perhitungan 20 persen saham sudah dimiliki swasta nasional, sehingga sisa saham yang harus didivestasikan sebesar 31% hingga akhir 2010. Detail investasi dituangkan dalam ketentuan kontrak karya pasal 24 point 3.

Pada tahun 2006 PT. Newmont Nusa Tenggara telah menawarkan 3 persen kepada Pemerintah, namun pemerintah pusat melalui Menteri Keuangan telah menolak untuk membeli saham yang kurang lebih bernilai 109 Juta US dollar tersebut dengan alasan tidak adanya anggaran. Kemudian pada tanggal 13 Februari 2007 PT. Newmont Nusa Tenggara menawarkan divestasi saham kepada tiga Pemerintah daerah di Nusa Tenggara barat, yaitu Pemda kabupaten Sumbawa barat, Pemda Kabupaten Sumbawa, dan Pemerintah Provinsi Nusa Tenggara Barat. Saat itu Pemda Kabupaten Sumbawa Barat menunjukkan ketertarikan untuk membeli saham namun meminta tambahan waktu atas tawaran tersebut, dengan alasan untuk melakukan due diligence (uji tuntas) atas kinerja operasional PT.

⁸³ Bisnis Indonesia, 6 April 2009

⁸⁴ Informasi luas kontrak karya dan nilai investasi PT. Newmont Nusa Tenggara didapatkan dari jaringan tambang (<http://www.jatam.org>)

Newmont Nusa Tenggara. Namun permohonan tersebut ditolak oleh Pemerintah Provinsi Nusa Tenggara Barat walaupun pada saat itu juga menunjukkan ketertarikan untuk membeli saham tersebut. Sementara itu pemda Kabupaten Sumbawa belum memberikan tanggapan atas penawaran tersebut. Kesepakatan tiga pemerintah daerah tidak juga tercapai hingga melampaui batas akhir pembelian saham pada tanggal 23 Agustus 2007. Sehingga pembelian saham sebesar 3 persen dari PT. Newmont Nusa Tenggara batal dilakukan.

Di tahun 2007 PT. Newmont Nusa Tenggara kembali menawarkan divestasi saham kepada Pemerintah sebesar 7 persen dengan nilai nominal mencapai 282 juta US dollar. Namun penawaran tahap kedua tersebut juga tidak ditanggapi oleh Pemerintah mengenai pembelian saham, sehingga rencana divestasi kembali tertunda.

Setelah dua kali penawaran pembelian saham gagal dilakukan, pada 11 Februari 2008 pemerintah menganggap bahwa Newmont telah lalai karena tidak juga menjual saham dengan kontrak karya. Menjawab pernyataan Pemerintah tersebut, pada 26 Februari 2008 PT. Newmont Nusa Tenggara mengajukan penundaan divestasi. Namun pengajuan tersebut ditolak oleh Pemerintah, dan pada 3 Maret 2008 Pemerintah mengajukan gugatan atas sengketa divestasi Newmont ke Arbitrase Internasional karena hingga tanggal tersebut PT. Newmont Nusa Tenggara belum juga melaksanakan divestasi saham sesuai kontrak karya yang telah disepakati bersama.

Upaya melalui konsiliasi sudah dilakukan namun tidak terdapat kesepakatan untuk menyelesaikan masalah tersebut. Pelanggaran terhadap ketentuan pasal 24 ayat (3) dan (4) Kontrak Karya menunjukkan bahwa PT NNT telah melakukan perbuatan wanprestasi, dengan demikian Pemerintah RI berhak melakukan Pengakhiran Kontrak Karya berdasarkan ketentuan pasal 22 ayat (5) Kontrak karya, namun Pengakhiran Kontrak Karya tersebut harus didahului dengan adanya pernyataan lalai dengan suatu Putusan Arbitase.

Gugatan telah didaftarkan oleh Pemerintah RI pada tanggal 29 Juli 2008 yang intinya bahwa pemegang saham mayoritas PT NNT telah melakukan wanprestasi terhadap Kontrak Karya (Contract of Work) yang mewajibkan divestasi saham kepada Pemerintah RI dilakukan secara bertahap (3% pada tahun

UNIVERSITAS INDONESIA

2006, 7% pada tahun 2007 dan 7% pada tahun 2008), karena sampai saat ini kewajiban kontraktual tersebut masih belum dilaksanakan. Sesuai dengan ketentuan pasal 1267 KUH Perdata, Pemerintah RI menuntut agar Kontrak Karya tersebut diakhiri sehingga pengoperasian tambang sepenuhnya dikuasai kembali oleh Pemerintah RI.

Majelis Arbiter UNCITRAL memutus gugatan (Arbitral Award) pada tanggal 31 Maret 2009 dengan amar putusan pada pokoknya sebagai berikut :

1. Menyatakan PT NNT telah bersalah (default) karena tidak melaksanakan kewajibannya sebagai yang tercantum dalam Pasal 24.3 Kontrak Karya (Contract of Work);
2. Memerintahkan kepada PT NNT sebagai berikut:
 - PT NNT diwajibkan untuk menjamin bahwa semua saham yang harus ditransfer kepada Pemerintah RI berdasarkan Pasal 24.3 Kontrak Karya ditawarkan dalam keadaan tanpa gadai, atau setidaknya, tanpa kewajiban untuk menggadai ulang kepada Senior Lenders sesudah penyerahan saham termaksud.
 - PT NNT wajib menyerahkan:
 - 3% saham divestasi tahun 2006 dan
 - 7% saham divestasi tahun 2007 Kepada Pemda NTB, kabupaten Sumbawa barat (KSB), dan Kabupaten Sumbawa (KS) atau perusahaan yang ditunjuk oleh Pemerintah Daerah.

Pengaturan sumber dana yang dilakukan oleh Pemda tersebut dan/atau perusahaan yang ditunjuknya bukan merupakan urusan PT NNT.

- Mengenai 7% saham divestasi tahun 2008, PT NNT wajib untuk menyerahkan saham tersebut kepada Pemerintah, yaitu Pemerintah RI atau Pemerintah Daerah atau perusahaan yang ditunjuk oleh Pemerintah RI atau Pemda jika, sesudah persetujuan mengenai harga penyerahan saham, Pemerintah melaksanakan haknya berdasarkan ketentuan Pasal 24.3 Kontrak karya.

- PT NNT diberi jangka waktu 180 hari sesudah pemberitahuan keputusan ini kepada Pemerintah RI untuk melaksanakan perintah sebagai yang dinyatakan di dalam angka 1) sampai 3).
- Biaya
 - PT NNT diperintahkan untuk membayar kepada Pemerintah RI dalam waktu 30 hari sesudah pemberitahuan Keputusan ini uang sejumlah USD 190,306.25 untuk biaya Arbitrase, ditambah bunga 6% per tahun terhitung sejak 12 November 2008.
 - PT NNT diperintahkan untuk membayar kepada Pemerintah RI dalam waktu 30 hari sesudah pemberitahuan Keputusan ini uang sejumlah USD 1,658,243 untuk biaya perwakilan dan bantuan hukum.
 - Tuntutan lainnya tidak dikabulkan.

- **Pendaftaran**

Setiap Pihak atau wakilnya dengan ini diberi kuasa untuk bertindak atas nama Majelis Arbitrase guna mendaftarkan Keputusan ini kepada panitera Pengadilan Negeri Jakarta Selatan dalam jangka waktu sebagaimana ditentukan didalam UU No. 30 tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, dan biaya pendaftaran ditanggung oleh Pihak yang meminta.

Pada tanggal 31 Maret 2009 Majelis Arbitrase mengumumkan secara resmi putusan yang memenangkan Pemerintah Indonesia gugatannya atas kasus divestasi PT. Newmont Nusa Tenggara (PT. NNT) di Arbitrase Internasional, dengan keputusan "PT. Newmont Nusa Tenggara wajib mendivestasikan 17 persen sahamnya dalam waktu 180 hari. Jika dalam waktu 180 hari sejak putusan arbitrase dikeluarkan Newmont tidak juga mendivestasikan sahamnya, maka pemerintah Indonesia berhak mencabut kontrak karyanya.

Sesuai prosedur arbitrase UNCITRAL, saham yang didivestasikan harus bebas dari gadai, dan sumber dana pembelian saham tersebut bukan menjadi urusan PT. Newmont Nusa Tenggara. PT. Newmont Nusa Tenggara dinyatakan bersalah oleh majelis arbitrase karena telah melakukan pelanggaran perjanjian.

UNIVERSITAS INDONESIA

Sehingga PT. Newmont Nusa Tenggara diperintahkan untuk melaksanakan ketentuan pasal 24 point 3 kontrak kerjasama.

Dengan adanya keputusan tersebut, pihak Newmont Nusa Tenggara menyatakan tetap berkomitmen untuk tetap melanjutkan divestasi saham seperti yang telah disepakati dalam kontrak kerja. Namun perlu dibahas lebih lanjut langkah – langkah kedepan dengan pemerintah guna melaksanakan putusan panel arbitrase. Sampai dengan akhir April 2009, Kementrian Negara Badan Usaha Milik Negara (BUMN) masih mengevaluasi dua alternatif pembelian saham Newmont. Pertama pemerintah dapat mengambil alih secara langsung, dan kedua melalui BUMN di sector pertambangan. Evaluasi tersebut dengan mempertimbangkan tiga aspek yang menjadi concern utama pemerintah pusat. Pertama, nilai strategis dari komoditas pertambangan itu sendiri. Kedua, pertimbangan keuntungan bagi keuangan Negara dan perekonomian secara keseluruhan apabila memutuskan membeli saham tersebut. Terakhir, aspek keberlangsungan dari aktivitas eksploitasi dan penjualan hasil komoditas tambang Batu Hijau itu sendiri bagi kas Negara.

Sebagai informasi, divestasi saham yang dilakukan hingga tahun 2009 dengan total divestasi 24% adalah sebesar 1,165 miliar US dollar atau setara dengan Rp. 12,41 triliun (dengan asumsi 1US dollar setara dengan Rp. 10.655). sehingga apabila dihitung secara matematis untuk 100 persen saham PT. Newmont Nusa Tenggara adalah sebesar 4,854 *milliar US dolar atau setara dengan Rp. 51,72 Triliun.*

Sesuai Pasal 24 ayat 2 kontrak karya, jika Pemerintah tidak menerima penawaran saham, kesempatan berikutnya jatuh pada warga Negara Indonesia atau perusahaan Indonesia yang dikendalikan warga Indonesia. Namun dengan berlakunya otonomi daerah, tidak hanya pemerintah pusat yang berhak membeli saham asing perusahaan tambang, pemerintah daerah juga memiliki kesempatan yang sama.

Perkembangan dari kasus ini adalah adanya gugatan pembatalan putusan arbitrase dibawah registrasi No. 416 /PDT.G/2009/PN.JKT.PST yang dilakukan oleh PT. Pukuafu Indah. Perusahaan itu meminta agar pengadilan membatalkan

putusan arbitrase internasional tertanggal 31 Maret 2009, terkait dengan proses divestasi saham PT. Newmont Nusa Tenggara.

PT. Pukuafu mengajukan upaya hukum pembatalan putusan arbitrase ini dengan mengacu pada ketentuan Pasal 70 UU. No. 30 Tahun 1999, tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa yang berbunyi sebagai berikut:

Terhadap putusan arbitrase para pihak dapat mengajukan permohonan pembatalan apabila putusan tersebut diduga mengandung unsur –unsur sebagai berikut:

- a. Surat atau dokumen yang diajukan dalam pemeriksaan, setelah putusan dijatuhkan, diakui palsu atau dinyatakan palsu;
- b. Setelah putusan diambil ditemukan dokumen yang bersifat menentukan, yang disembunyikan oleh pihak lawan; atau
- c. Putusan diambil dari hasil tipu muslihat yang dilakukan oleh salah satu pihak dalam pemeriksaan sengketa.

PT. Pukuafu menuntut agar Pengadilan membatalkan putusan arbitrase internasional itu dan menyatakan PT. Pukuafu sebagai pemilik satu – satunya 31% saham divestasi PT. Newmont Nusa Tenggara, karena perseroan menduga dokumen – dokumen yang diajukan Pemerintah ke arbitrase internasional terkait divestasi 31 persen saham newmont tersebut adalah dokumen yang tidak benar⁸⁵.

⁸⁵ <http://www.kaskus.us/showthread.php?p=185881302> , diunduh pada tanggal 25 Juni 2011 jam 20.30 WIB.

BAB V

KESIMPULAN DAN SARAN

5.1 KESIMPULAN

1. Kegiatan penanaman modal asing antara investor asing dan partner lokal diawali dengan perjanjian joint venture (Joint Venture Agreement) sampai dengan realisasi kegiatan usaha dan produksi. Salah satu hal terpenting yang perlu diperhatikan dalam suatu perjanjian joint venture adalah tahap penegakan hukum kontrak bilamana timbul dan terjadi sengketa sehubungan dan berkaitan dengan pelaksanaan dan realisasi dari perjanjian joint venture tersebut, yakni hukum yang berlaku dan penyelesaian sengketa. Bilamana timbul dan terjadi sengketa sehubungan dan berkaitan dengan pelaksanaan dan realisasi dari perjanjian joint venture dan perusahaan joint venture tersebut, maka acuan pertama adalah hukum yang berlaku dan penyelesaian sengketa yang telah disepakati dipilih oleh para pihak dalam joint venture agreement baik menyangkut pilihan hukum maupun pilihan forum yakni hukum mana dan lembaga mana yang akan dipilih dan disepakati para pihak sebelumnya dalam joint venture agreement dimaksud tersebut, yang berwenang dan digunakan dalam menilai dan menyelesaikan sengketa yang timbul berkenaan dengan penanaman modal tersebut, baik sengketa antara investor asing dengan partner lokal maupun antara investor asing dengan pemerintah lokal. Dalam penyelesaian sengketa berkenaan dengan penanaman modal asing di Indonesia terdapat kecenderungan bahwa pilihan forum penyelesaian sengketa yang telah disepakati dipilih sebagai forum penyelesaian sengketa adalah arbitrase. Arbitrase dapat merupakan sengketa yang efektif dalam penyelesaian sengketa penanaman modal bahkan Negara – Negara masyarakat hukum internasional telah membentuk arbitrase khusus mengenai penyelesaian sengketa penanaman modal yakni dengan adanya ICSID maupun BANI demikian juga terdapat pengakuan dan penerimaan putusan badan /dewan arbitrase internasional yang dapat dieksekusi di Negara lain sesame peserta ratifikasi yang bersangkutan, misalnya Konvensi New York 1958.

UNIVERSITAS INDONESIA

2. Indonesia meratifikasi konvensi ICSID atau International Centre for Settlement of Investment Disputes dengan Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1968 tentang Penyelesaian Perselisihan Antara Negara dan Warga Negara Asing mengenai Penanaman Modal. Konvensi ini semula di lahirkan untuk mendorong penanaman modal asing ke Negara – Negara berkembang. Indonesia menjadi anggota konvensi ini untuk meyakinkan dunia internasional, bahwa bila terjadi sengketa dengan Pemerintah Indonesia mengenai penanaman modal, tidak harus diselesaikan pada pengadilan di Indonesia yang oleh penanam modal asing dapat dinilai akan bersifat subjektif atau tidak objektif. Walaupun Indonesia menjadi anggota konvensi ini, tidak serta-merta semua sengketa penanaman modal antara penanam modal asing dengan Pemerintah Indonesia diselesaikan melalui ICSID. Harus ada kesepakatan antara para pihak yang bersengketa secara tertulis bahwa mereka sepakat akan menyelesaikan sengketa melalui ICSID tersebut.

5.2 SARAN

1. Dengan berlandaskan pada asas kebebasan berkontrak, para pihak dalam kontrak, terutama dibidang investasi asing dan perdagangan internasional, seringkali memilih lembaga arbitrase asing sebagai alternatif penyelesaian sengketa di antara mereka. Hal ini dilakukan karena ketidakpercayaan mereka dengan sistem peradilan di Indonesia, oleh karena itu perlu kiranya untuk membenahi peradilan Indonesia dengan peningkatan kualitas penegak hukum menuju peradilan yang jujur dan adil, selain itu peraturan perundang-undangan yang ada juga dirasakan masih belum mengakomodir kepentingan ekonomi global.
2. Masalah inkonsistensi Indonesia terhadap pelaksanaan putusan arbitrase internasional khususnya atas dasar dan alasan bahwa putusan arbitrase internasional bertentangan dengan ketertiban umum haruslah dicermati, karena dapat menimbulkan ketidakpastian hukum di Indonesia, yang pada akhirnya akan mengakibatkan investor asing enggan melakukan penanaman modal di Indonesia, khususnya industri yang padat karya dan menyerap tenaga kerja lokal.

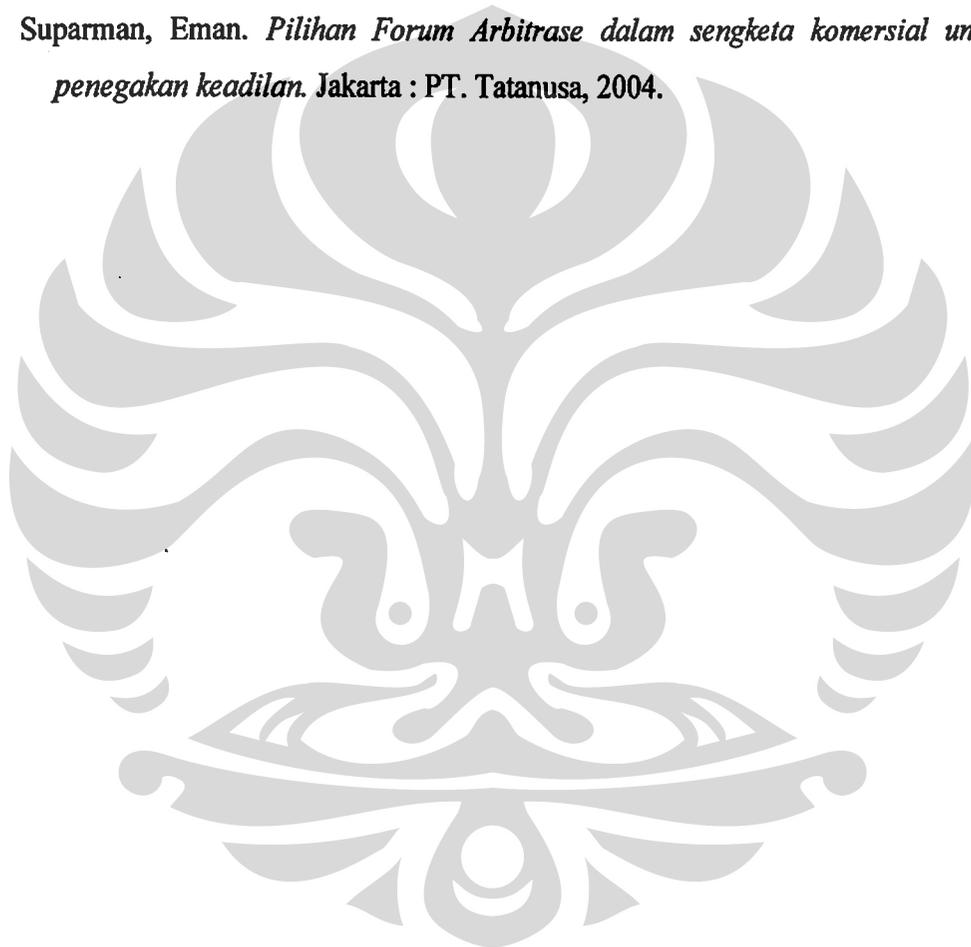
UNIVERSITAS INDONESIA

DAFTAR PUSTAKA

- Adolf, Huala. *Dasar – Dasar Hukum Kontrak Internasional*, Bandung: PT. Refika Aditama, 2007.
- Gautama, Sudargo. *Hukum Perdata Dan Dagang Internasional*. Bandung: Alumni, 1980.
- *Pengantar hukum Perdata Internasional*, Bandung: Bina cipta, 1987.
- *Perkembangan Arbitrase Dagang Internasional di Indonesia*. Bandung: PT. Eresco, 1989.
- *Indonesia dan Arbitrase International*, Bandung: Alumni, 1992.
- *Arbitrase luar Negeri dan Pemakaian hukum Indonesia*, Bandung: Citra Aditya bakti, 2004.
- Harahap, M. Yahya. *Arbitrase ditinjau dari Reglement Acara Perdata (Rv), Peraturan prosedur BANI, International Centre for the Settlement of investment disputes (ICSID), UNCITRAL Arbitration Rules, Convention on The Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award, Perma No. 1 tahun 1990*. Jakarta: Sinar Grafika, 2003.
- Hartono, Sunaryati. *Beberapa Masalah Transnasional dalam Penanaman Modal Asing di Indonesia*. Bandung: Bina Cipta, 1970.
- Ismail, Maqdir. *Pengantar Praktek Arbitrase diIndonesia, Malaysia dan Singapura, Cet.I*. Jakarta:Fakultas Hukum Universitas Al-Azhar Indonesia, 2007.
- Juwana, Hikmahanto. *Pembatalan Putusan arbitrase Internasional oleh pengadilan Nasional*, Jurnal Hukum Bisnis, volume 21 Oktober-November 2002.
- Khairandy, Ridwan. *Pengantar Hukum Perdata Internasional*. Yogyakarta: FH UI Press, Januari 2007.
- Margono, Suyud. *ADR dan Arbitrase, Proses Pelembagaan dan Aspek Hukum* Jakarta: Ghalia Indonesia 2000
- Radjagukguk, Erman. *Hukum Investasi di Indonesia*. Jakarta : UAI, 2007.

UNIVERSITAS INDONESIA

- *Arbitrase dalam Putusan Pengadilan*. Cetakan pertama.
Jakarta: Chandra Pratama, 2000.
- Rahmadi Supancana, Ida Bagus. *Kerangka Hukum dan Kebijakan Investasi Langsung di Indonesia*, Jakarta: Ghalia Indonesia, 2006.
- Remy Sjahdeini, Sutan. *Hukum Kepailitan : Memahami Undang – Undang Kepailitan No. 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan, Cet. III*. Jakarta: Pustaka Utama Grafiti, 2009.
- Soekanto, Soerjono, dan Sri Mamudji. *Penelitian Hukum Normatif suatu Tinjauan Singkat*. Jakarta: Penerbit Rajawali, 1985.
- Suparman, Eman. *Pilihan Forum Arbitrase dalam sengketa komersial untuk penegakan keadilan*. Jakarta : PT. Tatanusa, 2004.



UNIVERSITAS INDONESIA