

PENYELESAIAN SENGKETA KONTRAKTUAL PEMERINTAH MELALUI ARBITRASE INTERNASIONAL DAN BERBAGAI PERMASALAHANNYA

THE GOVERNMENT CONTRACTUAL DISPUTE RESOLUTION TRUTH INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION AND ITS PROBLEMS

Diangsa Wagian¹ dan M. Yazid Fathoni²

¹. Fakultas Hukum Universitas Nahdlatul Wathan Mataram-NTB dan Dosen Fakultas Hukum Unram

². Anggota BPD Desa Senteluk Kecamatan Batu Layar dan Dosen Fakultas Hukum Unram

Email : myazidfathoni@gmail.com

dwagian@yahoo.com

Naskah dimuat : 30/08/2014; revisi : 01/10/2014; disetujui : 03/11/2014

ABSTRACT

The research aims to study legal issues that appear within the government contractual dispute resolution through international commercial arbitration. The research is a legal normative. Therefore, it simultaneously applies to statute, conceptual, and case approaches. This literature research is conducted towards regulations, court decisions, legal books and legal journals that relate to the government contractual dispute resolution through international commercial arbitration. The results of the research elaborated in a descriptive and analytic way using qualitative methods to analyze the data. The research discovers that the presence of the government before the international commercial arbitration to settle disputes with foreign investors brought up some legal issues. Among others these are: a) state (government), through the law of limited company, this potentially reduces the jurisdiction of the ICSID Centre to settle foreign investment disputes between state and foreign investors; b) Courts as shown in some cases, block the enforcement of the foreign arbitration award which inflicts financial loss for state (government); c) the involvement of a state legal entity (state enterprise) ends in the engagement of state (government) as parties within the foreign investment dispute face to face with investors in front of a foreign justice court; and d) the unwillingness of state enterprise to perform the foreign arbitration award makes state assets overseas vulnerable to be confiscated by foreign investors as collateral in their claim for damages.

Key Words: Government Contract, Contractual Dispute, Dispute Resolution, International Commercial Arbitration.

ABSTRAK

Penelitian ini ditujukan untuk mengeksplorasi apa saja permasalahan hukum dalam penyelesaian sengketa komersial yang melibatkan pemerintah melalui arbitrase internasional. Penelitian ini merupakan penelitian yuridis-normatif. Oleh sebab itu, penelitian ini menggunakan beberapa pendekatan, yaitu pendekatan perundang-undangan (*statute approach*), pendekatan konsep (*conceptual approach*), dan pendekatan kasus (*case approach*). Penelitian ini dilakukan melalui studi kepustakaan terhadap dokumen peraturan perundang-undangan, berbagai putusan pengadilan, buku literatur, dan jurnal hukum yang berkaitan dengan penyelesaian sengketa kontraktual pemerintah melalui arbitrase. Hasil penelitian ini bersifat deskriptif-analitis. Analisis data dilakukan secara kualitatif. Hasil penelitian menunjukkan bahwa keterlibatan Pemerintah RI dalam penyelesaian sengketa kontraktual melalui arbitrase komersil internasional telah memunculkan beberapa permasalahan hukum, diantaranya: a) Negara melalui Undang-Undang Perseroan Terbatas

berpotensi mengebiri yurisdiksi Dewan Arbitrase ICSID untuk menyelesaikan sengketa mengenai penanaman modal asing antara negara dengan investor dari negara lain; b) Dalam beberapa kasus terlihat peradilan menghalang-halangi pelaksanaan putusan arbitrase asing apalagi jika pelaksanaan putusan arbitrase tersebut secara nyata-nyata akan merugikan Negara atau Pemerintah Republik Indonesia sebagai salah satu pihak dalam putusan arbitrase tersebut; c) Keterlibatan perusahaan negara dalam kontrak-kontrak komersil seringkali berujung pada pelibatan negara berhadapan secara langsung dengan swasta asing dalam sengketa di hadapan peradilan asing; dan d) Keengganan perusahaan negara melaksanakan putusan arbitrase asing secara sukarela berpotensi membuat segala bentuk asset negara yang berada di luar negeri dipertaruhkan untuk memenuhi tuntutan ganti rugi investor asing.

Kata Kunci: Kontrak Pemerintah, Sengketa Kontraktual, Penyelesaian Sengketa, Arbi-

trase Komersial Internasional.

PENDAHULUAN

DEWASA INI, kecenderungan pemerintah untuk memanfaatkan instrumen hukum perdata khususnya hukum kontrak dalam menjalankan fungsi-fungsi pemerintahan semakin intensif. Hal ini ditandai dengan semakin beragamnya corak dan bentuk kontrak yang dilakukan oleh pemerintah dengan pihak swasta, baik itu dalam rangka pengadaan barang/jasa, penyediaan infrastruktur maupun untuk kegiatan yang bersifat eksploitasi sumber daya alam.¹ Permasalahan keterbatasan dana, skill dan keterampilan sumberdaya manusia, management, risiko tinggi, serta penggunaan teknologi tingkat tinggi merupakan beberapa faktor yang mendorong pemerintah untuk bekerjasama dan melibatkan pihak swasta dalam melaksanakan tugas pelayanan publik dan memajukan kesejahteraan umum. Seiring dengan semakin intensifnya keterlibatan pemerintah dalam berkontrak dengan pihak swasta, maka munculnya sengketa antara investor asing dengan pemerintah Indonesia juga sulit dihindarkan.

Akhir-akhir ini, penyelesaian sengketa bisnis melalui arbitrase semakin populer

digunakan dalam lalu lintas bisnis internasional. Hampir semua kontrak bisnis berskala internasional penyelesaian sengketa-nya diserahkan oleh para pihak ke arbitrase.² Demikian pula halnya penyelesaian sengketa dalam kontrak-kontrak yang ditandatangani oleh pemerintah secara langsung maupun secara tidak langsung melalui Badan Usaha Milik Negara (BUMN) atau perusahaan negara di satu pihak dengan pihak asing di lain pihak, baik dalam bentuk kerjasama operasi/joint operation contract (JOC), atau lain-lain usaha bersama dan perjanjian yang bersifat internasional, umumnya dipakai klausula arbitrase yang dilangsungkan di luar negeri. Dalam konteks *foreign investment* (penanaman modal asing), para investor pada umumnya lebih cenderung memilih untuk menyerahkan sengketa yang timbul dari investasi kepada badan-badan arbitrase komersil internasional daripada pengadilan nasional *host state* (negara tuan rumah). Selain karena negara berdasarkan teori *sovereign immunity* (imunitas kedaulatan), dengan imunitasnya tidak mungkin diadili oleh suatu badan peradilan nasional,³ penyelesaian sengketa melalui arbitrase dianggap lebih netral. Para investor khawatir pengadilan nasional tidak netral dalam meng-

¹ Kontrak yang ditutup oleh pemerintah dengan pihak swasta inilah yang biasa disebut sebagai kontrak pemerintah, yaitu suatu kontrak di mana di dalamnya saling mempengaruhi antara hukum publik dan hukum privat. Setiawan, *Aneka Masalah Hukum dan Hukum Acara Perdata*, cet. I, Bandung: PT Alumni, 1992, hlm. 315

² Huala Adolf, *Arbitrase Komersial Internasional*, Bandung: PT Rajawali Press, 1997, hlm. 1

³ Madjedi Hasan, *Kontrak Minyak dan Gas Bumi Berazas Keadilan dan Kepastian Hukum*, Jakarta: PT Fikahati Aneska, 2009, hlm. 181

adili sengketa.⁴ Pengadilan negara dianggap cenderung lebih memihak kepada kepentingan negara dan bahkan pengadilan nasional dapat dijadikan sebagai alat/instrument bagi negara untuk mengandaskan tuntutan investor. Selain itu, pihak investor asing tidak memahami secara mendalam seluk-belur sistem hukum (termasuk aturan dan prosedur beracara di pengadilan nasional suatu negara) dan aturan investasi sehingga menyebabkan ketidakpastian investasi mereka.⁵ Dengan menyerahkan penyelesaian sengketa kepada arbitrase, maka para investor dapat terhindar dari berbagai permasalahan tersebut di atas.

Di sisi yang lain, ditariknya negara (pemerintah) oleh investor ke dalam suatu forum peradilan asing atau arbitrase internasional memunculkan persoalan hukum yang tidak sederhana. Penyelesaian sengketa kepada arbitrase internasional menjadi krusial karena terlibatnya negara dalam arbitrase. Tidak dapat dipungkiri bahwa negara (pemerintah) di satu sisi dengan segala atribut yang melekat padanya seperti imunitas dan kedaulatan mempunyai kedudukan yang istimewa karena negara (pemerintah) bertindak dalam kapasitas sebagai penguasa sekaligus individu pada umumnya, sementara di sisi lain investor swasta asing berkedudukan yang bersifat subordinat yang sepenuhnya tunduk pada hukum dari negara.⁶

Dalam rangka mengatur penyelesaian sengketa antara negara (pemerintah) dan

gan penanam modal asing di suatu negara serta untuk menjamin kepastian hukum berinvestasi, PBB kemudian mengesahkan Convention of the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States (Konvensi Penyelesaian Perselisihan Mengenai Penanaman Modal antara Negara dan Warga Negara Asing), atau disebut juga World Bank Convention 1965 (Konvensi Bank Dunia). Sebagai badan pelaksana dari Konvensi ini kemudian dibentuk the International Centre for Settlement of International Disputes (ICSID). Pemerintah Indonesia kemudian meratifikasi Konvensi ICSID (Konvensi Bank Dunia) melalui UU No. 5/1968. Selain itu, pemerintah RI juga meratifikasi New York Convention 1958 on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award atau biasa disebut Konvensi New York 1958 melalui Keppres No. 34 Tahun 1981. Konvensi ini mengatur tentang tata cara pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase asing di suatu negara Peserta Konvensi. Kedua Konvensi tersebut diratifikasi oleh Pemerintah RI guna menjaga arus investasi dan memberikan jaminan kepastian hukum berinvestasi di Indonesia serta untuk mengikuti trend penyelesaian sengketa melalui arbitrase. Sebagai konsekuensi dari keikutsertaan Indonesia pada kedua konvensi internasional tersebut, maka secara otomatis Indonesia terikat pada ketentuan-ketentuan yang terdapat pada kedua konvensi tersebut.

Meskipun kedua Konvensi tersebut telah diratifikasi dan menjadi bagian dari sistem hukum nasional, akan tetapi dalam praktek, tidak otomatis membuat putusan arbitrase internasional secara mudah dapat dieksekusi di Indonesia. Mahkamah Agung tetap berpendapat bahwa diperlukan peraturan khusus yang akan lebih melancarkan pelaksanaan putusan arbitrase asing di Indonesia. Atas dasar itulah, maka Mahkamah Agung mengeluarkan Perma No. 1 Tahun 1999 tentang Tata Cara Pen-

⁴ Sudargo Gautama, *Penjelasan Umum atas Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternative Penyelesaian Sengketa*, Bandung: PT Aditya Bakti, 1999, hlm. 7-10. Lihat pula Priyatna Abdurasyid, "Arbitrase dan permasalahannya di dalam Praktek Peradilan", dalam buku *Kapita Selekta Arbitrase dan Permasalahannya*, Jakarta: Mahkamah Agung RI, 2003, hlm. 4

⁵ Erman Rajagukguk, *Arbitrase dalam Putusan Pengadilan*, Jakarta: Chandra pratama, 2001, hlm. 2

⁶ Y. Yogar Simamora, *Hukum Kontrak: Kontrak Perdagangan Barang dan Jasa Pemerintah di Indonesia*, Surabaya: Kantor Hukum "WINS & Partners" bekerjasama dengan Laksbang Justitia Surabaya, 2013, hlm. 55

gakuan dan Pelaksanaan Putusan Arbitrase Asing. Dengan dikeluarkannya Perma tersebut maka prosedur eksekusi terhadap putusan arbitrase internasional di Indonesia lebih mudah dan terjamin. Jaminan atas pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase asing di Indonesia semakin dipertegas kembali dengan disahkannya Undang-Undang No. 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternative Penyelesaian Sengketa.

Sejak Indonesia menjadi peserta Konvensi ISCID pada tahun 1968 dan Konvensi New York pada tahun 1981, pada kurun waktu sebelum berlakunya Perma Tahun 1990, maupun setelah Undang-Undang Arbitrase diberlakukan, berbagai permasalahan hukum tidak sepenuhnya steril atau sepi dalam tataran praktis apalagi jika proses arbitrase tersebut melibatkan kepentingan negara (pemerintah) ataupun badan usaha milik pemerintah (BUMN). Tulisan ini hendak mengeksplorasi berbagai permasalahan hukum dalam penyelesaian sengketa komersial yang melibatkan pemerintah melalui arbitrase internasional.

Berdasarkan uraian tersebut diatas, dapat dirumuskan pokok permasalahan dalam penelitian ini sebagai berikut: Apa saja permasalahan hukum dalam penyelesaian sengketa komersial yang melibatkan pemerintah melalui arbitrase internasional?

Penelitian ini termasuk jenis penelitian yuridis-normatif, yaitu suatu penelitian terhadap kaidah hukum, yang meliputi asas hukum, nilai (norma), pengertian hukum dan ketentuan hukum konkret, sistem hukum dan penemuan hukum.⁷ Karena penelitian ini termasuk jenis penelitian yuridis-normatif, maka ada beberapa pendekatan yang dipergunakan dalam penelitian ini, yaitu pendekatan perundang-undangan (*statute approach*), pende-

katan konsep (*conceptual approach*), dan pendekatan kasus (*case approach*).⁸ Pendekatan perundang-undangan (*statute approach*) dilakukan dengan mengkaji peraturan perundangan-undangan yang berhubungan dengan masalah arbitrase, baik peraturan hukum positif nasional maupun internasional. Pendekatan konsep (*conceptual approach*) dilakukan dengan mengkaji konsep-konsep hukum dan pendapat para ahli yang berkaitan dengan pembahasan dalam penelitian ini. Sementara itu, pendekatan kasus (*case approach*) dilakukan dengan mengidentifikasi dan menelaah berbagai kasus yang berkaitan dengan permasalahan yang diteliti.

Penelitian ini dilakukan melalui studi kepustakaan terhadap dokumen peraturan perundang-undangan, berbagai putusan pengadilan, buku literatur, dan jurnal hukum yang berkaitan dengan penyelesaian sengketa melalui arbitrase. Hasil penelitian ini bersifat deskriptif-analitis. Dikatakan bersifat deskriptif karena hasil penelitian ini diharapkan akan memberikan gambaran yang komprehensif dan sistematis tentang pokok permasalahan yang dikaji dalam penelitian ini. Selanjutnya bersifat analitis karena kemudian akan dilakukan suatu analisis terhadap berbagai ketentuan peraturan perundang-undangan yang ada, berbagai literature dan putusan peradilan untuk menjawab berbagai permasalahan yang telah diuraikan dalam rumusan masalah. Analisis data dilakukan secara kualitatif.

PEMBAHASAN

A. Beberapa Permasalahan Hukum dalam Penyelesaian Sengketa Komersial yang Melibatkan Pemerintah melalui Arbitrase Internasional

1. Yurisdiksi Arbitrase dan Perbedaan Kewarganegaraan para pihak

⁷ Sudikno Mertokusumo, *Metode Penemuan Hukum*, Yogyakarta: Liberty, 2010, hlm. 7

⁸ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Jakarta: Prenada Media, 2005, hlm. 93-94

Permasalahan hukum yang pertama berkaitan dengan pelaksanaan Konvensi Bank Dunia 1965 atau lebih tepatnya yurisdiksi arbitrase ICSID (the International Centre for Settlement of International Disputes) sebagai badan pelaksana dari Konvensi Bank Dunia 1965 atas sengketa antara pemerintah Republik Indonesia dengan investor asing. Salah satu kewajiban yang harus dipenuhi oleh para investor asing yang hendak menanamkan modalnya di Indonesia adalah keharusan untuk terlebih dahulu membentuk suatu Perseroan Terbatas menurut Hukum Indonesia. Demikian menurut ketentuan Pasal 3 Undang-Undang No. 1 Tahun 1967 tentang Perseroan Terbatas sebagaimana telah diubah dalam Undang-Undang No. 40 Tahun 2007. Berdasarkan ketentuan ini maka jelas bahwa status hukum dari badan hukum (Perseroan Terbatas) yang dibentuk oleh para investor asing tersebut adalah berbadan hukum Indonesia yang tunduk pada hukum Indonesia. Dengan adanya keharusan membentuk badan hukum Indonesia, maka menjadikan para investor asing (badan hukumnya) tersebut berkewarganegaraan Indonesia.

Konvensi Bank Dunia 1965 di sisi lain hanya mengatur tentang penyelesaian perselisihan antara negara dengan warga negara asing di bidang penanaman modal asing. Konvensi tidak mengatur atau tidak berlaku terhadap perselisihan mengenai penanaman modal dalam negeri (negara dengan warga negaranya sendiri). Dengan demikian, ketentuan Pasal 3 UU No.1/1967 tentang Perseroan Terbatas sebagaimana telah diubah dalam Undang-Undang No. 40 Tahun 2007 yang mengharuskan perkumpulan investor berbadan hukum Indonesia berpotensi menumpulkan dan mengebiri yurisdiksi Dewan Arbitrase ICSID untuk menyelesaikan sengketa mengenai penanaman modal asing di Indonesia. Hal tersebut juga secara tidak langsung telah menghilangkan arti dari keterli-

batan Pemerintah RI dalam meratifikasi Konvensi Bank Dunia tersebut.

Hal ini sebagaimana ditunjukkan dalam kasus Pemerintah RI vs PT. Amco Indonesia. Dalam eksepsinya, Pemerintah RI menolak yurisdiksi dari ICSID dengan dalih bahwa PT. Amco Indonesia adalah berkewarganegaraan Indonesia. Pemerintah RI mendalilkan bahwa yurisdiksi Dewan Arbitrase ICSID tidak dapat diperluas hingga mencakup suatu badan hukum yang mempunyai kewarganegaraan daripada negara peserta Konvensi yang sedang dalam sengketa sekarang ini. Dalam hal ini, PT. Amco Indonesia adalah suatu badan hukum Indonesia dan dapat dipandang berkewarganegaraan Indonesia, dan dengan demikian Dewan Arbitrase ICSID tidak berwenang memeriksa perkara tersebut. Berdasarkan dalil tersebut, pemerintah RI memperlakukan PT Amco Indonesia sebagai warga negaranya sendiri dan bukan sebagai warga negara asing.⁹ Dalil ini memang relevan jika mengingat ketentuan Konvensi Bank Dunia dalam Pasal 25 ayat (1) yang menyatakan bahwa Centre baru mempunyai yurisdiksi apabila kedua belah pihak, yaitu si penanam modal asing dan pemerintah suatu negara mempunyai kewarganegaraan yang berbeda. Di samping itu, ditentukan pula bahwa dapat tidaknya suatu negara ditarik ke hadapan forum ICSID harus berdasarkan persetujuan negara peserta Konvensi.

Menanggapi keberatan pihak pemerintah RI terhadap yurisdiksi arbitrase tersebut, Dewan Arbitrase ICSID mengemukakan bahwa memang jika melihat kepada tempat pembentukan (*place of incorporation*) dari PT. Amco dan juga tempat kedudukan hukumnya yang terdaftar (*place of its registered seat*) yang juga merupakan kedudukan yang sebenarnya (*actual seat*), maka tidak dapat disangkal bahwa

⁹ Sudargo Gautama, *Indonesia dan Arbitrase Internasional*, cet. 1 Bandung: Alumni: 1986, hlm. 8-9

PT. Amco mempunyai kewarganegaraan Indonesia. Namun di lain pihak, tidak dapat pula diabaikan ketentuan dalam Pasal 1 Foreign Investment Application (Aplikasi Penanaman Modal Asing) yang telah disetujui oleh Pemerintah RI jelas dinyatakan “*the applicant puts forward an application to establish a foreign business in Indonesia.*” Berdasarkan persetujuan atas Aplikasi tersebut, maka pemerintah RI telah menyetujui untuk memperlakukan PT. Amco sebagai suatu badan hukum asing (*a foreign business*) dalam sengketa tersebut. Menurut Dewan Arbitrase ICSID, Konvensi juga—sebagaimana dilihat dalam 25- tidak mensyaratkan suatu syarat formal untuk memperlakukan suatu badan hukum domestik sebagai warga negara asing.

Konvensi tidak mensyaratkan suatu pernyataan secara formal bahwa para pihak hendak memperlakukan perusahaan bersangkutan sebagai mempunyai kewarganegaraan dari negara peserta yang merupakan pihak dalam sengketa yang bersangkutan. Perlakukan sebagai suatu perusahaan asing dari negara lain, ialah karena adanya pengawasan asing (*foreign control*). Ditambahkan pula oleh Dewan Arbitrase ICSID bahwa penafsiran terhadap klausula arbitrase juga harus memperhatikan apa yang merupakan kehendak para pihak atau kehendak yang sebenarnya dari para pihak. Kehendak para pihak itu dapat ditarik dari harapan-harapan yang layak dari para pihak sewaktu mereka membuat perjanjian, dengan memperhatikan perjanjian tersebut dalam keseluruhannya dan juga apa yang merupakan tujuan dan jiwa dari Konvensi Washington maupun dari peraturan perundang-undangan Indonesia serta sikap para pihak.¹⁰

Jika merujuk kepada ketentuan Pasal 25 (b) konvensi ICSID, Yurisdiksi arbitrase

¹⁰ Kutipan putusan Majelis Arbitrase ICSID dalam kasus Pemerintah RI vs PT. Amco Indonesia dapat dilihat dalam *ibid.*, hlm. 178-380

ICSID harus memenuhi 3 syarat: 1) Badan hukum yang bersangkutan menurut hukum memang warganegara dari negara peserta yang merupakan pihak lain dalam sengketa; 2) Adanya *foreign control* dengan pengetahuan dari negara peserta; dan 3) Para pihak telah menyetujui untuk memperlakukannya sebagai suatu badan hukum asing. Berdasarkan kepada syarat pertama, maka jika melihat kepada tempat pembentukan (*place of incorporation*) dari PT. Amco dan juga tempat kedudukan hukumnya yang terdaftar (*place of its registered seat*) yang juga merupakan kedudukan yang sebenarnya (*actual seat*), tidak dapat disangkal bahwa PT. Amco mempunyai kewarganegaraan Indonesia, dan hal ini sebagaimana diakui juga Dewan Arbitrase ICSID. Berdasarkan syarat kedua, PT. Amco tetap harus diperlakukan sebagai badan hukum asing karena adanya “*foreign control*”, yaitu suatu perusahaan yang telah didirikan dan dikontrol berdasarkan perundang-undangan Amerika Serikat. Berdasarkan syarat ketiga, PT Amco dalam sengketa tersebut haruslah diperlakukan sebagai badan hukum asing atas dasar persetujuan Pemerintah RI atas Aplikasi Penanaman Modal Asing yang menempatkan atau memperlakukan PT. Amco sebagai suatu badan hukum asing (*a foreign business*).

Penulis sendiri berpandangan bahwa apabila semua investor asing itu dipandang sebagai badan hukum Indonesia sebagaimana yang dianut dalam eksepsi pemerintah di atas, maka praktis hal ini akan membuat Konvensi Bank Dunia tidak akan mungkin dapat diterapkan secara utuh sebagaimana tujuan awal dibentuknya Konvensi tersebut. Oleh karena itu, penulis setuju dengan argumen Majelis Arbitrase ICSID dalam mengklaim yurisdiksi atas perkara yang diajukan, bahwa meskipun pemerintah Indonesia menurut hukum yang berlaku di Indonesia menempatkan PT Amco Indonesia sebagai badan hukum

Indonesia dan oleh karena itu sebagai warga negaranya sendiri dan bukan sebagai warga negara asing namun atas dasar maksud para pihak (baik itu pemerintah Indonesia maupun PT Amco Indonesia) sejak awal menghendaki untuk diperlakukan sebagai warga negara asing, maka berdasarkan teori *intension of the parties* (maksud para pihak) klaim yurisdiksi Majelis Arbitrase ICSID atas perkara yang diajukan tersebut menjadi sah secara hukum.

2. Pemberian *exequatur* (*leave for enforcement*)

Permasalahan hukum yang kedua terletak pada pemberian *exequatur* (*leave for enforcement*). Eksekutur merupakan pemberian perintah untuk menjalankan putusan arbitrase.¹¹ Otoritas pemberian eksekutur terhadap putusan arbitrase internasional yang menyangkut Negara atau Pemerintah Republik Indonesia sebagai salah satu pihak dalam putusan arbitrase tersebut terletak pada Mahkamah Agung.¹² Ketua Pengadilan hanya berkedudukan sebagai pihak penerima permohonan pendaftaran dan permohonan eksekusi, selanjutnya berkasnya dikirimkan kepada Mahkamah Agung untuk dimintakan eksekutur. Setelah itu, barulah pelaksanaan eksekusinya diserahkan kepada Ketua Pengadilan Negeri Jakarta Pusat.

Eksekutur menjadi syarat awal yang mendahului dapat tidaknya suatu putusan arbitrase internasional dieksekusi atau dilaksanakan di Indonesia. Eksekutur ini penting agar putusan arbitrase asing itu mempunyai kekuatan eksekutorial sebagaimana layaknya putusan pengadilan yang telah berkekuatan hukum tetap.¹³

¹¹ Setiawan, *Aneka Masalah.....*, hlm. 55. Lihat pula M. Yahya Harahap, *Arbitrase*, cet III Sinar Grafika, Jakarta, 2004 hlm. 305

¹² Lihat ketentuan Pasal 66 huruf d dan e Undang-Undang Arbitrase, Penjelasan Pasal 3 (1) UU No. 5/1968, Pasal 3 ayat (3) dan pasal 4 ayat (2) Perma No. 1 tahun 1990.

¹³ Setiawan, *Aneka Masalah.....*, hlm. 56.

Berbeda halnya dengan putusan pengadilan yang tidak perlu diberikan eksekutur karena sudah mempunyai tittle eksekutorial dengan adanya irah-irah kepala putusan. Putusan arbitrase internasional tidak mengenal atau mempunyai irah-irah (kepala putusan) sebagaimana berlaku di Indonesia padahal putusan arbitrase asing tersebut hendak dilaksanakan di Indonesia. Dalam proses pelaksanaan putusan arbitrase, lembaga arbitrase tidak dapat memaksakan pelaksanaan putusannya, melainkan lembaga pengadilan yang harus memaksa pihak yang kalah untuk melaksanakan putusan arbitrase.¹⁴

Tahap pemberian eksekutur seringkali menjadi tahap yang paling krusial dan menentukan bagi investor dalam melaksanakan putusan arbitrase asing di Indonesia sebab dapat saja kemudian eksekutur itu tidak diberikan oleh Mahkamah Agung RI. Potensi ditolaknya pemberian eksekutur ini tetap besar sebab Pasal 3 ayat (3) dan pasal 4 ayat (2) Perma No. 1 tahun 1990 dan Pasal UU No. 30 Tahun 1999 memberikan kewenangan kepada Mahkamah Agung untuk terlebih dahulu memeriksa dan meneliti putusan arbitrase asing tersebut sebelum eksekutur itu diberikan. Namun demikian, kewenangan penelitian itu terletak pada aspek formal saja; penelitian itu tidak ditujukan untuk menilai kebenaran materil (substansial) putusan arbitrase asing itu.¹⁵ Penelitian tidak mempersoalkan apakah putusan arbitrase asing tersebut benar atau tidak. Ketua Mahka-

¹⁴ Lembaga arbitrase tidak memiliki wewenang untuk mengeksekusi putusannya sendiri karena: a) Lembaga arbitrase bukan merupakan institusi negara, sehingga lembaga tersebut tidak memiliki wewenang yang bersifat publik yang dapat dijalankan dengan paksa kepada pihak-pihak lain; b) Tidak terdapat landasan hukum bagi arbitrase untuk melaksanakan eksekusi putusannya sendiri; c) Lembaga arbitrase tidak memiliki jurisdiksi sebagaimana terdapat pada lembaga peradilan yang bertugas melakukan tindakan-tindakan yang berkaitan dengan eksekusi. Lihat Tin Zuraida, *Prinsip Eksekusi Putusan Arbitrase Internasional di Indonesia : Teori dan Praktek Yang Berkembang*, cet I, Surabaya: PT Wastu Lanas Grafika, 2009, h.222

¹⁵ Setiawan, *Aneka Masalah.....*, hlm. 57

mah Agung dilarang untuk memeriksa alasan atau pertimbangan dari putusan tersebut. Larangan ini bermaksud untuk melindungi agar putusan arbitrase tersebut benar-benar mandiri, final dan mengikat.¹⁶ Beberapa hal yang dapat diperiksa dan diteliti oleh Ketua Mahkamah Agung sebelum eksekutur diberikan hanya meliputi apakah putusan arbitrase tersebut:¹⁷ melebihi kewenangan arbiter, sesuai dengan klausula arbitrase, mengenai materi yang boleh diarbitrasekan, bertentangan dengan kesusilaan, berlaku asas timbal balik (*re-siprositas*), termasuk dalam lingkup perdagangan, putusan tidak memenuhi syarat, bukan tentang sengketa yang tidak boleh didamaikan dan tidak bertentangan dengan ketertiban umum serta bukan tentang hak yang ada dalam kekuasaan para pihak. Konvensi New York juga memberikan peluang bagi ditolaknya pemberian eksekutur oleh pengadilan suatu negara di mana permohonan eksekusi atas putusan arbitrase asing tersebut diminta. Article V (1) dan (2) Konvensi New York memerinci keadaan-keadaan dalam mana permohonan eksekutur dapat ditolak, yang pada umumnya meliputi masalah-masalah seperti *jurisdiction*, *notice*, *public policy*, dan *finality*.

Penulis sepenuhnya setuju bahwa permohonan pemberian eksekutur itu dapat ditolak oleh Mahkamah Agung karena sudah jelas bahwa baik Perma No. 1 tahun 1990, UU No. 30 Tahun 1999 maupun Konvensi New York 1958 memberikan peluang untuk itu, penulis juga setuju dengan kewenangan penelitian aspek formal atas putusan arbitrase asing oleh Mahkamah Agung, sebagai bentuk pengawasan ekstrinsik atas putusan arbitrase asing. Akan tetapi, apa yang menjadi *stressing point* dalam masalah ini adalah jika kewenangan Mahkamah Agung untuk

meneliti aspek formal putusan arbitrase menjangkau pula aspek substansial putusan arbitrase asing sehingga pada akhirnya secara tidak langsung akan membuat Mahkamah Agung memeriksa dan mengadili sendiri perkara yang diajukan permohonan pemberian eksekuturnya itu. Kewenangan yang diberikan kepada Mahkamah Agung untuk meneliti putusan arbitrase itu kemudian akan digunakan secara luas untuk menghalang-halangi pelaksanaan putusan arbitrase asing apalagi pelaksanaan putusan arbitrase tersebut secara nyata-nyata akan merugikan Negara atau Pemerintah Republik Indonesia sebagai salah satu pihak dalam putusan arbitrase tersebut.

Potensi ini tidak mustahil bisa saja terjadi sebagaimana ditunjukkan dalam perkara PT Bakrie Brothers vs Trading Corporation of Pakistan Ltd. Pakistan trading yang berkedudukan di Karachi Pakistan telah mengajukan permohonan pelaksanaan putusan arbitrase London, Federation of Oils, Seed and Fats Association Limited, No. 2282 tanggal 8 September 1981. Melalui keputusan Pengadilan Negeri Jakarta Selatan No. 64/Pdt./G/ 1984 dinyatakan bahwa putusan Arbitrase London mengenai Perusahaan Pakistan yang telah meminta pelaksanaannya di Indonesia, sebagai tidak berkekuatan hukum tetap dan karena itu tidak dapat dilaksanakan. Bahkan lebih jauh lagi Pengadilan Negeri Jakarta Selatan menilai apakah keputusan arbitrase asing tersebut sesuai dengan jiwa Konvensi New York. Pengadilan Negeri Jakarta Selatan menganggap bahwa keputusan Arbitrase London itu tidak terlebih dahulu mendengar kedua belah pihak yang bersangkutan.¹⁸ Putusan arbitrase tidak mendengar Pihak Pembantah (Perusahaan Indonesia). Putusan arbitrase semata-mata atas permintaan Pihak Terbantah (Perusahaan Pakistan) dan Pi-

¹⁶ M. Yahya Harahap, *Arbitrase*....., hlm. 307

¹⁷ Lihat Ketentuan Pasal 4,5,62, dan 66 huruf b dan c Undang-Undang Arbitrase

¹⁸ Sudargo Gautama, *Indonesia*....., hlm. 75-76

hak Pembantah sendiri tidak merasa bertanggung jawab atas kebenaran keterangan-keterangan tersebut. “Pihak yang dimintakan pelaksanaan putusan arbitrase sekarang ini, ternyata tidak diberikan “proper notice” mengenai pengangkatan dari arbitrator dalam arbitrase ini atau karena ia disebabkan sesuatu hal lain tidak dalam kemungkinan untuk melakukan pembelaan.

Dengan demikian, jelas bahwa Pengadilan Negeri Jakarta Selatan dalam perkara ini telah secara seluruhnya menilai kembali keputusan arbitrase asing. Meskipun putusan tersebut di dalamnya menyangkut para pihak swasta dan bukan antara negara atau pemerintah RI dengan pihak swasta namun dapat dijadikan sebagai referensi yang dapat menjadi bukti bahwa walaupun sudah ada Keppres No. 34 Tahun 1981, dalam prakteknya tidak begitu mudah untuk memperoleh eksekutur. Dengan kata lain, apabila suatu putusan arbitrase asing menyangkut kepentingan para pihak swasta saja permohonan eksekuturnya masih rawan untuk ditolak apalagi jika putusan arbitrase tersebut menyangkut di dalamnya negara atau pemerintah RI sebagai salah satu pihak.

3. Penolakan dan pembatalan putusan arbitrase asing

Permasalahan hukum lainnya yang menarik adalah terkait dengan pembatalan putusan arbitrase asing oleh pengadilan Indonesia. Salah satu kasus pembatalan putusan arbitrase asing yang cukup kontroversial di Indonesia adalah kasus pembatalan putusan arbitrase Jenewa, Swiss oleh Pengadilan Negeri Jakarta Pusat yang melibatkan PT. Pertamina dengan Karaha Bodas Company, karena putusan tersebut dianggap bertentangan dengan ketertiban umum Indonesia. Sikap Pengadilan Negeri Jakarta Pusat tersebut telah memunculkan perdebatan mengenai dapat tidaknya pen-

gadilan nasional membatalkan putusan arbitrase asing.

Merujuk kepada putusannya tertanggal 27 Agustus 2002, pada prinsipnya, ada dua dasar hukum yang digunakan oleh Pengadilan Negeri Jakarta Pusat untuk membatalkan putusan arbitrase Jenewa Swiss. *Pertama*, ketentuan Pasal 70 Undang-Undang No. 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa. Menurut penulis, penggunaan ketentuan Undang-Undang No. 30 Tahun 1999 Pasal 70 oleh Majelis Hakim sebagai dasar pembatalan putusan arbitrase internasional tersebut kurang tepat, sebab ketentuan yang diatur dalam Pasal 70 tersebut hanyalah berlaku sepanjang mengenai pembatalan putusan arbitrase nasional, dan tidak berlaku bagi putusan arbitrase internasional. Alur pembahasan dari Undang-Undang Arbitrase itu sendiri lebih berkaitan dengan putusan arbitrase yang dilakukan di Indonesia. Jika mencermati sistematisa Undang-Undang Arbitrase khususnya yang mengatur substansi arbitrase, nampak bahwa Undang-Undang Arbitrase secara umum, sesungguhnya lebih mengatur tentang proses arbitrase, dari pemeriksaan hingga pelaksanaan putusan arbitrase yang dilakukan di Indonesia.¹⁹ Walaupun ada pengaturan mengenai putusan arbitrase internasional, Undang-Undang mengaturnya dalam konteks pelaksanaan putusan arbitrase dan bukan dalam konteks pembatalan putusan arbitrase internasional seperti yang diatur pada Bab VI bagian kedua yang dimulai dari Pasal 65 hingga Pasal 69.²⁰ Pembentuk undang-undang nampak-

¹⁹ Substansi yang diatur dalam Undang-Undang Arbitrase berdasarkan bab adalah sebagai berikut: Bab III mengatur tentang syarat arbitrase, pengangkatan arbiter dan hak ingkar. Bab IV tentang acara yang berlaku di hadapan Majelis arbitrase. Bab IV tentang pendapat dan putusan arbitrase. Bab VI tentang pelaksanaan putusan arbitrase. Bab VII tentang pembatalan putusan arbitrase. Bab VIII tentang berakhirnya tugas arbiter. Bab IX tentang biaya arbitrase.

²⁰ Pasal 61 mengatur tentang Pengadilan Negeri yang berwenang menangani masalah pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase internasional.

nya tidak bermaksud untuk memberi kemungkinan pengadilan di Indonesia melakukan pembatalan putusan arbitrase internasional. Hal ini terlihat dari istilah putusan arbitrase dalam Pasal 65 hingga Pasal 69 di mana digunakan istilah ‘putusan arbitrase internasional. Sementara dalam pengaturan mengenai pembatalan putusan arbitrase sebagaimana tertuang dalam Pasal 70 hingga Pasal 72, istilah yang digunakan adalah ‘putusan arbitrase.’²¹ Berdasarkan logika di atas, jelas kiranya bahwa Undang-Undang Arbitrase Pasal 70 hanya merupakan landasan pembatalan terhadap putusan arbitrase domestik atau putusan arbitrase yang dibuat oleh arbitrase di Indonesia. Pasal 70 bukan merupakan landasan pembatalan terhadap putusan arbitrase internasional.

Kedua, Konvensi New York 1958. Meskipun Majelis Hakim Pengadilan Negeri Jakarta Pusat tidak secara tegas merujuk pasal mana dari Konvensi New York 1958 yang dijadikan dasar untuk membatalkan putusan arbitrase Jenewa Swiss namun nampaknya pasal yang dimaksud tidak lain adalah Pasal VI jo. Pasal V ayat (1 dan 2).²² Menurut penulis, penggunaan dasar hukum tersebut kurang tepat karena Konvensi New York 1958 sendiri tidak mengatur persoalan pembatalan putusan arbitrase internasional melainkan hanya mengatur persoalan pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase internasional di negara di mana putusan arbitrase asing

Pasal 66 tentang syarat-syarat putusan arbitrase internasional yang dapat dilaksanakan di Indonesia. Pasal 67 tentang waktu permohonan pelaksanaan putusan arbitrase internasional dapat dilakukan serta berkas-berkas yang harus disampaikan dalam permohonan tersebut. Pasal 68 tentang upaya hukum terhadap permohonan pelaksanaan putusan arbitrase internasional. Pasal 69 tentang eksekusi putusan arbitrase internasional.

²¹ Hikmahanto Juwana, “Pembatalan Putusan Arbitrase Internasional oleh Pengadilan Nasional,” dalam *Jurnal Hukum Bisnis*, Volume 21, Oktober-November 2002, hlm. 71

²² “*The award has not yet become binding on the parties, or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which or under the law of which, that award was made*”.

tersebut dimohonkan pelaksanaannya. Memang, Konvensi New York 1958 menyinggung tentang pembatalan putusan arbitrase tetapi itupun hanya dalam konteks penolakan putusan arbitrase internasional. Dinyatakan dalam Konvensi New York 1958 Pasal V ayat (1) huruf e bahwa:

Recognition and enforcement of the award may be refused ...only of that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that ...The award ...has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made”.

Berdasarkan ketentuan di atas, nampak bahwa Konvensi hanya memberikan kemungkinan bahwa suatu putusan arbitrase dapat dibatalkan hanya oleh *Competent Authority* di negara mana atau menurut hukum mana suatu putusan arbitrase dibuat. Putusan arbitrase yang telah terbukti dibatalkan oleh *Competent Authority* di negara mana atau menurut hukum mana suatu putusan arbitrase tersebut dibuat dapat dijadikan dasar oleh pengadilan di negara mana putusan arbitrase asing tersebut dimohonkan pelaksanaan/eksekusinya untuk menolak pelaksanaan putusan arbitrase asing tersebut. Oleh sebab itu, tidak tepat kiranya jika Majelis Hakim menggunakan Konvensi New York sebagai dasar melakukan pembatalan putusan arbitrase Jenewa.

4. Penolakan eksekusi putusan arbitrase asing dan ketertiban umum.

Dari seluruh rangkaian proses penyelesaian sengketa melalui arbitrase, tahap eksekusi atau pelaksanaan putusan ini paling pelik dan sulit, serta paling menakutkan bagi investor asing²³ tetapi sekaligus sangat menentukan, karena pihak terek-

²³ Sudargo Gautama, *Undang-Undang Arbitrase Baru 1999*, Jakarta: PT Citra Aditya, hlm. 131

sekusi/debitur dengan segala cara, baik melalui upaya hukum maupun non hukum, akan berusaha untuk menggagalkan eksekusi tersebut. Inilah salah satu kelemahan dari arbitrase.²⁴

Salah satu alasan yang seringkali digunakan oleh pihak tereksekusi untuk menggagalkan pelaksanaan putusan arbitrase asing adalah ketertiban umum. Penggunaan ketertiban umum sendiri selalu menjadi kontroversi dalam arbitrase internasional.²⁵ Meskipun New York Convention 1958 maupun Undang-Undang Arbitrase memperbolehkan penolakan pelaksanaan suatu putusan arbitrase berdasarkan ketertiban umum tetapi tidak begitu jelas apa yang dimaksud dengan ketertiban umum. Hukum nasional masing-masing negara mempunyai konsep sendiri-sendiri tentang luas dan ruang lingkup makna ketertiban umum. Mengingat Konvensi New York 1958 memberikan kesempatan kepada pengadilan negara peserta untuk memberikan penafsiran tentang ketertiban umum. Oleh karena itu ada celah bagi negara peserta untuk menafsirkannya secara sempit untuk melindungi kepentingan politik nasional negara tersebut. Hal ini kemudian berpotensi besar membuat konsep ketertiban umum disalahgunakan untuk melumpuhkan kemungkinan eksekusi atas putusan arbitrase asing atau disalahgunakan secara lelausa untuk lolos dari kewajiban melaksanakan putusan arbitrase, yang bertentangan dengan semangat ratifikasi konvensi.²⁶

Praktek menunjukkan bahwa ketika suatu putusan arbitrase internasional hendak dieksekusi di Indonesia, perusahaan negara yang kalah bersengketa dengan pi-

hak swasta asing di forum arbitrase internasional mengajukan penolakan pelaksanaan putusan arbitrase internasional karena bertentangan dengan ketertiban umum. Hal ini sebagaimana dipertunjukkan dalam kasus Pertamina vs Karaha Bodas Company. Dalam salah satu alasan gugatan pembatalannya, Pertamina mendalilkan bahwa putusan arbitrase Jenewa bertentangan dengan ketertiban umum Republik Indonesia karena putusan tersebut melanggar Keppres No. 39 tahun 1997 dan Keppres No. 47 tahun 1997 yang menanggukkan pelaksanaan proyek Karaha Bodas sehingga kontrak tidak dapat diteruskan. Dan oleh karena itu, atas penanggukan kontrak tersebut, pihak Pertamina tidak dapat dipersalahkan.²⁷

Majelis Hakim dalam putusannya menerima dalil yang diajukan oleh Pertamina tersebut. Majelis Hakim Pengadilan Negeri Jakarta Pusat berpendapat putusan arbitrase Jenewa Swiss telah melanggar ketertiban umum Indonesia. Hal ini berdasarkan batasan ketertiban umum yang diberikan oleh Perma No. 1 tahun 1990 Pasal 4 ayat (2) yaitu “sendi-sendi asasi dari seluruh sistem hukum dan masyarakat Indonesia.” Berdasarkan pengertian tersebut, dalam pertimbangannya Majelis Hakim Pengadilan Negeri Jakarta Pusat berpendapat putusan arbitrase Jenewa Swiss telah melanggar Keppres No. 39 tahun 1997 dan Keppres No. 47 tahun 1997 yang menyatakan bahwa semua proyek yang membutuhkan dana besar yang berkaitan dengan pemerintah termasuk Proyek Karaha Bodas digantikan pelaksanaannya. Kedua Keppres tersebut dikeluarkan oleh pemerintah atas permintaan IMF yang bertujuan untuk mengatasi beban negara yang sedang dalam keadaan krisis ekonomi dan moneter. Karena itu, Majelis Hakim berpendapat bahwa jika proyek geothermal tetap dilanjutkan, maka beban

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Michelle Ayu Chinta Kristy and Zhengzheng Jing, “Public Policy Violation under New York Convention”, dalam *Jurnal Mimbar Hukum*, Vol. 25, No. 1, Feb 2013, hlm. 146. Ulasan mengenai ketertiban umum dikaitkan dengan eksekusi putusan arbitrase asing misalnya dapat dilihat dalam tulisan Erman Rajagukguk, *Arbitrase dalam*, hlm. 37-40

²⁶ Michelle Ayu Chinta Kristy and Zhengzheng Jing, “Public Policy.....”, hlm.146

²⁷ *Ibid.*

negara akan semakin berat dan menyengsarakan perekonomian bangsa. Inilah penafsiran Majelis Hakim tentang apa yang dimaksud dengan ketertiban umum.

Penggunaan asas ketertiban umum untuk membatalkan putusan arbitrase asing di Indonesia, kasus Karaha Bodas nampaknya bukan kasus yang pertama, karena ternyata dalam kasus Yani Haryanto melawan ED & Man (Sugar) Ltd juga menggunakan alasan yang sama.²⁸ Yani haryanto dan ED & Man (Sugar) Ltd dari Inggris telah bersepakat membuat kontrak jual beli 400.000 metrik ton gula pasir pada bulan februari 1982. Yani Haryanto sebagai perantara Bulog, membatalkan kontrak sebab harga gula internasional saat itu dan Bulog membatalkan untuk membeli gula. Akibatnya, Man merasa dirugikan karena terlanjur membeli gula dari sumber lain. Arbitrasi London kemudian menghukum Yani Haryanto untuk membayar ganti rugi US.\$ 22 juta kepada Man. Yani tidak mau mentaati putusan arbitrase tersebut, bahkan pada bulan agustus 1988, Yani Haryanto mengajukan permohonan pembatalan kedua kontrak tadi ke Pengadilan Negeri Jakarta Pusat. Penggugat mendalilkan dengan surat gugatannya tanggal 8 agustus 1988 bahwa kontrak tersebut bertentangan dengan ketertiban umum, yaitu Kepres No. 43 Tahun 1971, jo. Keppres No. 39 Tahun 1978 yang pada pokoknya menyatakan bahwa perorangan dilarang mengimpor gula pasir ke negara RI, kecuali Bulog. Oleh karena itu, menurut Pasal 1320 KUHPerdara ayat (4) agar perjanjian dianggap sah harus ada sebab yang legal (*causa* yang diperbolehkan). Suatu persetujuan tanpa sebab yang terlarang tidak mempunyai kekuatan hukum.

Pengadilan Negeri Jakarta Pusat kemudian mengabulkan gugatan penggugat dan menyatakan bahwa perjanjian jual yang

memuat klausula arbitrase tersebut adalah kontrak-kontrak yang mengandung cacat dan melanggar ketentuan peraturan yang berlaku di Indonesia karena mempunyai *causa* yang terlarang, maka perjanjian jual beli itu harus dibatalkan. Menurut Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, karena dasar dari putusan hakim asing tersebut bertentangan dengan ketertiban umum dan tertib hukum di Indonseia, maka putusan hakim asing tersebut tidak mempunyai daya pengikat.²⁹ Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat tersebut kemudian diperkuat oleh Mahkamah Agung RI³⁰ dengan suatu pertimbangan bahwa oleh karena perjanjian pokoknya batal demi hukum maka klausula arbitrase sebagai perjanjian aksesoir juga ikut menjadi batal sehingga putusan arbitrase tidak mengikat.

Kasus yang paling terkini berkaitan dengan penggunaan ketertiban umum sebagai dasar untuk menolak pelaksanaan putusan arbitrase di Indonesia tercermin dalam kasus Astro Nusantara International B. V. vs PT Ayunda Prima Mitra sebagaimana telah diputus berdasarkan putusan MA RI No. 01K/Pdt. Sus/2010, 24 Februari 2010. Kasus ini bermula dari putusan Arbitrase Singapura. Dalam putusan sela yang dikeluarkan oleh Arbitrase Singapura yang memerintahkan Ayunda untuk tidak melanjutkan proses perkaranya di Pengadilan Negeri Jakarta Selatan berhubung perkara tersebut merupakan yurisdiksi arbitrase untuk menyelesaikannya sesuai dengan kesepakatan para pihak. Ayunda menolak untuk secara sukarela mentaati putusan tersebut karena menurut ayunda, Pengadilan Negeri Jakarta Selatan telah menetapkan yurisdiksinya untuk memeriksa kasus tersebut. Menyikapi hal tersebut, Astro kemudian justru mengajukan permohonan eksekutur kepada

²⁸ Tineke Louise Longdong, *Asas Ketertiban Umum dan Konvensi New York 1958*, Jakarta: PT Citra Aditya, 1998, hlm. 244

²⁹ *Ibid.*

³⁰ MA RI No. 1203K/Pdt/1990 jo. Perdata No. 736/Pdt/G/VI/1988/PN.JKT.PST jo. PT JKT No. 485/Pdt/1989/PT DKI

Pengadilan Negeri Jakarta Pusat. Permohonan tersebut kemudian ditolak oleh Pengadilan. Dalam putusannya, Pengadilan berdalih bahwa putusan Arbitrase Singapura tersebut melanggar kedaulatan RI karena arbitrase (putusan tersebut) telah mengintervensi proses yudisial (peradilan) yang sedang berjalan di Indonesia meskipun putusan arbitrase tersebut pada dasarnya hanyalah memerintahkan Ayunda untuk mentaati klausula arbitrase. Pengadilan akhirnya menetapkan bahwa putusan Arbitrase Singapura tersebut bertentangan dengan ketertiban umum Indonesia. Putusan ini kemudian diperkuat oleh MA.³¹ Selain dari beberapa kasus di atas, masih terdapat penolakan terhadap pelaksanaan putusan arbitrase internasional oleh MA RI dengan alasan ketertiban umum, yaitu pada perkara *Bankers Trust Company vs PT Mayora Indah*³² dan perkara *the Jakarta International Hotel & Development Tbk*.

Beberapa kasus di atas nampaknya belum ada yang memberikan pemahaman dan penjelasan yang utuh tentang kriteria ketertiban umum itu. Pengadilan di Indonesia hanya menganggap bahwa suatu putusan arbitrase asing dikatakan bertentangan dengan ketertiban umum pada intinya jika melanggar hukum Indonesia dan sendi-sendi dasar sistem sosial dan hukum. Pemaknaan seperti ini mengikuti definisi ketertiban umum yang diberikan oleh Perma No. 1 tahun 1990 Pasal 4 ayat (2) yaitu “sendi-sendi asasi dari seluruh sistem hukum dan masyarakat Indonesia.” Pengertian ketertiban umum sebagaimana dimaknai oleh putusan pengadilan dan menurut Perma No. 1 tahun 1990 tersebut masih mempunyai makna dan jangkauan yang

sangat luas dan belum begitu jelas sehingga trend pro-penolakan atas dasar ketertiban umum pada masa-masa yang akan datang akan terus ditemukan.

5. Pelaksanaan putusan arbitrase Internasional dan Pertaruhan aset negara (pemerintah)

Permasalahan hukum lainnya berkaitan dengan keengganan perusahaan negara melaksanakan putusan arbitrase asing secara sukarela. Praktek menunjukkan bahwa ketika perusahaan negara kalah bersengketa dengan pihak swasta asing di forum arbitrase internasional, perusahaan negara tersebut seringkali tidak mau melaksanakan kewajiban membayar ganti rugi dengan sukarela. Hal ini mengakibatkan pihak swasta asing harus melakukan berbagai upaya memburu segala macam aset, baik aset atas nama perusahaan negara yang bersengketa secara langsung dengan pihak swasta asing tersebut maupun aset-aset lain milik negara pemilik perusahaan tersebut yang berada di luar negeri.³³ Salah satu contoh terkait dengan hal ini adalah kasus *Pertamina vs Karaha Bodas Company* (perusahaan Amerika Serikat yang berkedudukan di Cayman Island) berhasil memenangkan kasusnya di hadapan forum arbitrase internasional. Ketika *Pertamina* tidak bersedia melaksanakan kewajibannya dengan sukarela, KBC mengajukan penyitaan atas 15 *trust account* hasil penjualan gas alam cair (LNG) milik Pemerintah Indonesia yang tersimpan di *Bank of America* dan *New York Bank*. Pemerintah berargumen bahwa aset negara yang akan disita tersebut tidak semuanya milik *Pertamina*. Terdapat di dalamnya aset negara yang *imun* (kebal) dari penyitaan maupun eksekusi, sehingga KBC tidak berhak mengajukan eksekusi terhadap aset tersebut.³⁴

³¹ Michelle Ayu Chinta Kristy and Zhengzheng Jing, “Public Policy.....”, hlm.146

³² *Bankers Trust Company vs PT Mayora Indah*, Putusan PN Jak-Sel No. 489/Pdt.G/1999/PNJS, jo. Putusan PT DKI No. 211/Pdt/2000/PT DKI jo. Penetapan PN Jak-Pus No. 001/Pdt/Arb.Int/1999/PNJKT.PST jo. Putusan MA RI No. 01 K/Extr/Arb.Int/Pdt/2000

³³ Sefriani, “Status Hukum Aset Perusahaan Negara dalam Hukum Internasional”, jurnal *Mimbar Hukum*, Yogyakarta: UGM, Vol. 24, No. 3, Oktober 2012, hlm 516-517

³⁴ *Ibid.*

Kasus ini menunjukkan bahwa asset yang dimintakan untuk disita ternyata tidak hanya asset milik perusahaan negara yang bersengketa secara langsung saja, tetapi juga segala bentuk asset negara, baik berupa asset diplomatik, rekening pemerintah di luar negeri, asset bank sentral, bahkan asset badan hukum milik negara (BHMN) yang sebenarnya tidak memiliki korelasi secara langsung dengan pokok sengketa.

Jika merujuk kepada Undang-Undang No. 1 Tahun 2004 secara mutlak melarang penyitaan terhadap asset negara baik asset itu bergerak maupun tidak bergerak (tetap). Dalam Pasal 50 UU No. 1 tahun 2004 ditentukan bahwa: “pihak manapun dilarang melakukan penyitaan terhadap:

- a. Uang atau surat berharga milik negara/daerah baik yang berada pada instansi pemerintah maupun pada pihak ketiga;
- b. Uang yang harus disetor oleh pihak ketiga kepada negara/daerah;
- c. Barang bergerak milik negara/daerah baik yang berada pada instansi pemerintah maupun pada pihak ketiga;
- d. Barang tidak bergerak dan hak kebendaan lainnya milik negara/daerah;
- e. Barang milik pihak ketiga yang dikuasai oleh negara/daerah yang diperlukan untuk penyelenggaraan tugas pemerintahan.”

Konvensi PBB Tahun 2004 juga melarang penyitaan terhadap asset negara. Akan tetapi pelarangan ini tidaklah mutlak. Dalam Pasal 18 dan 19 konvensi PBB tahun 2004 dinyatakan bahwa tidak ada tindakan pemaksaan (*measures of constraint*) yang meliputi penahanan, penyitaan atau eksekusi yang dapat diterapkan terhadap asset negara baik sebelum atau setelah putusan dijatuhkan kecuali: Negara telah menyetujui asset negara tidak dapat

disita atau dieksekusi kecuali ada penagglan imunitas secara tegas dan dalam bentuk tertulis, assetnya untuk tujuan komersil, atau asset tersebut memang disiapkan oleh negara sebagai *earmarked property*.

Penulis berpendapat bahwa penyitaan yang dilakukan oleh pihak KBC terhadap asset negara tersebut dapat dibenarkan sepanjang dapat dibuktikan bahwa Pertamina menjalankan tugas dan fungsi pemerintahan, atau manajemen dan tindakan pertamina itu dibawah kontrol negara, atau penyitaan tersebut dilakukan terhadap asset negara untuk tujuan komersil, atau asset tersebut memang disiapkan oleh negara sebagai *earmarked property*. Dengan demikian, maka asset negara dapat juga ikut dipertaruhkan dalam hal perusahaan negara tidak mau secara sukrela memenuhi tuntutan ganti rugi perusahaan asing.

KESIMPULAN

Berdasarkan uraian dalam pembahasan di atas, dapat dikemukakan beberapa kesimpulan sebagai berikut:

1. Dalam konteks *foreign investment* (penanaman modal asing), para investor pada umumnya lebih cenderung untuk menyerahkan sengketa yang timbul dari investasi kepada badan-badan arbitrase komersil internasional daripada pengadilan nasional *host state* (negara tuan rumah). Selain karena negara, dengan imunitasnya, tidak mungkin diadili oleh suatu badan peradilan nasional, pilihan investor tersebut didasarkan pada adanya suatu kekhawatiran terhadap tidak netralnya pengadilan nasional dalam mengadili sengketa. Di samping itu, pihak investor asing tidak memahami seluk beluk system hukum acara di pengadilan nasional suatu negara dan aturan investasi sehingga menyebabkan ketidakpastian investasi mereka.

2. Keterlibatan Pemerintah RI dalam penyelesaian sengketa kontraktual melalui arbitrase komersil internasional telah memunculkan beberapa permasalahan hukum, diantaranya: a) Negara melalui Undang-Undang Perseroan Terbatas berpotensi mengebiri yurisdiksi Dewan Arbitrase ICSID untuk menyelesaikan sengketa mengenai penanaman modal asing antara negara dengan investor dari negara lain; b) Dalam beberapa kasus terlihat peradilan menghalang-halangi pelaksanaan putusan arbitrase asing apalagi jika pelaksanaan putusan arbitrase tersebut secara nyata-nyata akan merugikan Negara atau Pemerintah Republik Indonesia sebagai salah satu pihak dalam putusan arbitrase tersebut; c) Keterlibatan perusahaan negara dalam kontrak-kontrak komersil seringkali berujung pada pelibatan negara berhadap-hadapan secara langsung dengan swasta asing dalam sengketa di hadapan peradilan asing; dan d) Keengganan perusahaan negara melaksanakan putusan arbitrase asing secara sukarela. Berpotensi membuat segala bentuk asset negara yang berada di luar negeri dipertaruhkan untuk memenuhi tuntutan ganti rugi investor asing.

Daftar Pustaka

- Erman Rajagukguk, *Arbitrase Dalam Putusan Pengadilan.....*,
- Hikmahanto Juwana, "Pembatalan Putusan Arbitrase Internasional oleh Pengadilan Nasional." dalam *Jurnal Hukum Bisnis*, Volume 21, Oktober-November 2002
- Huala Adolf, *Arbitrase Komersial Internasional*, Bandung: PT Rajawali Press, 1997.
- M. Yahya Harahap, *Arbitrase*, cet III Sinar Grafika, Jakarta, 2004
- Madjedi Hasan, *Kontrak Minyak dan Gas Bumi Berazas Keadilan dan Kepastian Hukum*, Jakarta: PT Fikahati Aneska, 2009
- Michelle Ayu Chinta Kristy and Zhengzheng Jing, "Public Policy Violation under New York Convention", dalam *Jurnal Mimbar Hukum*, Vol. 25, No. 1, Feb 2013
- Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Jakarta: Prenada Media, 2005
- Priyatna Abdurrasyid, "Arbitrase dan Permasalahannya di dalam Praktek Peradilan", dalam *Buku Kapita Selektta Arbitrase dan Permasalahannya*, Mahkamah Agung RI, Jakarta, 2003
- Setiawan, *Aneka Masalah Hukum dan Hukum Acara Perdata*, cet. I, Bandung: PT Alumni, 1992
- Retnowulan Sutantio, dkk., *Hukum Acara Perdata dalam Teori dan Praktik*, Mandar Maju, Bandung
- Sefriani, "Status Hukum Asset Perusahaan Negara dalam Hukum Internasional", *jurnal Mimbar Hukum*, Yogyakarta: UGM, Vol. 24, No. 3, Oktober 2012

- Sudargo Gautama, *Penjelasan Umum atas Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternative Penyelesaian Sengketa*, Bandung, PT Aditya Bakti, 1999
- Sudargo Gautama, *Indonesia dan Arbitrase Internasional*, cet. 1 Bandung: Alumni, 1986
- Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, Yogyakarta: Liberty, 2010.
- Sudikno Mertokusumo, *Metode Penemuan Hukum*, Yogyakarta: Liberty, 2010
- Sudargo Gautama, *Undang-Undang Arbitrase Baru 1999*, Jakarta: PT Citra Aditya Bhakti, 1999.
- Tineke Louise Longdong, *Asas Ketertiban Umum dan Konvensi New York 1958*, Jakarta: PT Citra Aditya Bhakti, 1999.
- Peraturan Perundang-Undangan
- Undang-Undang No. 5 Tahun 1968 tentang pengesahan atas *Convention of the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*
- Keputusan Presiden (Keppres) No. 34 Tahun 1981 tentang pengesahan atas *New York Convention 1958 on the Recognition and enforcement of Foreign Arbitral Award*
- Peraturan Mahkamah Agung Republik Indonesia (Perma) No. 1 Tahun 1999 tentang Tata Cara Pengakuan dan Pelaksanaan Putusan Arbitrase Asing.
- Undang-Undang No. 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternative Penyelesaian Sengketa.